

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO**

**EDUARDO FRANCO CÂNDIA**

***DEFICIT COLETIVO NA TUTELA JURÍDICO-COLETIVA  
PERIFÉRICA***

**DOUTORADO EM DIREITO**

**SÃO PAULO**

**2016**

**EDUARDO FRANCO CÂNDIA**

***DEFICIT COLETIVO NA TUTELA JURÍDICO-COLETIVA  
PERIFÉRICA***

Tese apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito, área de concentração: Direitos difusos e coletivos, sob a orientação do Prof. Dr. Nelson Nery Júnior.

**SÃO PAULO**

**2016**

Cândia, Eduardo Franco.

C217d

*Deficit* coletivo na tutela jurídico-coletiva periférica/ Eduardo Franco Cândia. – São Paulo, 2016.

230 f.

EDUARDO FRANCO CÂNDIA

**DEFICIT COLETIVO NA TUTELA JURÍDICO-COLETIVA PERIFÉRICA**

Tese apresentada à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo como exigência para a obtenção do título de Doutor em Direito, área de concentração: Direitos difusos e coletivos.

Orientador: Prof. Dr. Nelson Nery Júnior.

São Paulo, \_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2016.

BANCA EXAMINADORA

---

---

---

---

---

São Paulo

2016

## RESUMO

O presente trabalho representa, acima de tudo, uma tentativa de observar os direitos de grupos (direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos) pelas lentes da teoria dos sistemas sociais de Niklas Luhmann, dando concreção, no âmbito da semântica da tutela coletiva, à elevada abstração e complexidade desta teoria social que tem propósito universal, ou seja, pretende alcançar todo e qualquer fenômeno social. O foco principal da tese não é apenas apontar para a existência de um *deficit* coletivo na tutela coletiva realizada pelas organizações que se encontram na periferia do sistema do direito (v.g. Ministério Público, Defensoria Pública, Procuradorias da União, estados e municípios, sindicatos, associações etc.), mas também sugerir encaminhamentos para mitigar esse *deficit*, especialmente a partir da concepção do acordo coletivo como acoplamento intersistêmico que viabiliza a decisão jurídico-coletiva. Sustentamos, entre outras coisas, a necessidade de se explorar melhor as relações intersistêmicas, sobretudo com o sistema de interação, a ciência e a economia, a fim de que a decisão jurídico-coletiva produza menos risco e tenha maior adequação (legitimidade) social.

**Palavras-chave:** Direitos coletivos. Teoria dos sistemas. Comunicação. Decisão.

## ABSTRACT

The present work represents, above all, an attempt to observe the group's rights (diffuse, collective and individual rights homogeneous) through the lens of the theory of social systems by Niklas Luhmann, giving concreteness, as part of the semantics of collective trusteeship, the high abstraction and complexity of this social theory that has universal purpose, i.e. covering any social phenomenon. The main focus of the thesis is not only point to the existence of a collective *deficit* in collective custody carried out by organizations that are on the periphery of the system of law (e.g. Public Prosecutor, Public Defender's Office, Offices of the Union, the states and municipalities, unions, associations etc.), but also suggest referrals to mitigate this *deficit*, especially from the conception of the collective agreement as intersystemic coupling that enables collective legal decision. It is supported, among other things, the need to explore better the intersystemic relationships, mainly with the system of interaction, science and the economy, therefore the legal-collective decision can produce lower risk and greater social adequacy (legitimacy).

**Keywords:** Collective rights. System theory. Communication. Decision.

## RIASSUNTO

Il presente lavoro rappresenta, soprattutto, un tentativo di rispettare i diritti dei gruppi (diffusi, collettivi e individuali diritti omogenei) attraverso la lente della teoria dei sistemi sociali di Niklas Luhmann, dando concrezione, come parte della semantica dell'amministrazione fiduciaria collettiva, elevato di astrazione e la complessità di questa teoria sociale che ha per uso universale, cioè monopolizzavano qualsiasi fenomeno sociale. L'obiettivo principale della tesi è non solo indicano l'esistenza di un *deficit* collettivo in deposito collettivo effettuato dalle organizzazioni che sono alla periferia del sistema di legge (ad es. procuratore, ufficio del difensore pubblico, gli uffici dell'Unione, gli Stati e comuni, sindacati, associazioni ecc.), ma anche suggerire i rinvii per attenuare questo *deficit*, soprattutto dalla concezione del contratto collettivo come accoppiamento di intersistémico che consente la decisione legale collettiva. Supporto, tra l'altro, la necessità di esplorare meglio intersistémicas relazioni, soprattutto con il sistema di interazione, la scienza e l'economia, in modo che la decisione legale e collettiva produce meno rischio e maggiore fitness (legittimità).

**Parole chiave:** Diriritti collettivi. Teoria dei sistemi. Comunicazione. Decisione.

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

- a.C. – antes de Cristo
- AACD – Associação de Assistência à Criança Deficiente
- AC – Análise de Conversação
- ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade
- Anac – Agência Nacional de Aviação Civil
- Anatel – Agência Nacional de Telecomunicações
- Aneel – Agência Nacional de Energia Elétrica
- Antaq – Agência Nacional de Transportes Aquaviários
- ANTT – Agência Nacional de Transportes Terrestres
- Apae – Associação de Pais e Amigos dos Excepcionais
- Arcape – Associação Recreativa Cultural e Assistencial de Presidente Epitácio
- art. – artigo
- BGB – Bürgerliches Gesetzbuch
- Cade – Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência
- CDC – Código de Defesa do Consumidor
- CF – Constituição Federal
- Coords. – coordenadores
- CPC – Código de Processo Civil
- CPP – Código de Processo Penal
- CSN – Companhia Siderúrgica Nacional
- DJ – Diário da Justiça
- DP – Defensoria Pública
- DSC – discurso do sujeito coletivo
- ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente
- Eds. – editores
- EI – Estatuto do Idoso
- EPD – Estatuto da Pessoa com Deficiência
- et al.* – e colaboradores
- etc. – etcétera
- Feam – Fundação Estadual do Meio Ambiente de Minas Gerais
- Fenapaes – Federação Nacional das Apaes
- Graacc – Grupo de Apoio ao Adolescente e à Criança com Câncer
- GT – Grupo de Trabalho

IRDR – incidente de resolução de demandas repetitivas  
LACP – Lei da Ação Civil Pública  
LAP – Lei da Ação Popular  
LIA – Lei de Improbidade Administrativa  
LPIMC – Lei de Proteção ao Investidor no Mercado de Capitais  
m<sup>3</sup> – metros cúbicos  
Min. – ministro  
MP – Ministério Público  
MST – Movimento dos Trabalhadores Rurais sem Terra  
n. – número  
NCPC – Novo Código de Processo Civil  
OAB – Ordem dos Advogados do Brasil  
Op. cit. – *opus citatum*  
Org. – organizadores  
p. – página  
PGJ – Procurador Geral de Justiça  
Procon – Procuradoria de Proteção e Defesa do Consumidor  
PUC – Pontifícia Universidade Católica  
RBDPro – Revista Brasileira de Direito Processual  
RECHTD – Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito  
rel. – relator  
Resp – Registro de Eventos em Saúde Pública  
RIHJ – Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica  
STJ – Superior Tribunal de Justiça  
SUS – Sistema Único de Saúde  
TAC – termo de ajustamento de conduta  
Trad. – tradução  
UCS – Universidade de Caxias do Sul  
UFMG – Universidade Federal de Minas Gerais  
UTR – unidades de tratamento de recicláveis  
v. – volume  
v.g. – *verbi gratia*

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	10
<b>2 DIREITOS DE GRUPOS À LUZ DA MATRIZ SISTÊMICA LUHMANNIANA</b> ..	16
2.1 A MATRIZ SISTÊMICA LUHMANNIANA COMO PONTO DE PARTIDA PARA A OBSERVAÇÃO DOS DIREITOS DE GRUPOS NA SOCIEDADE MODERNA .....	16
2.2 A COMUNICAÇÃO JURÍDICO-COLETIVA E SUAS TEMATIZAÇÕES: POLICONTEXTURALIDADES NO SUBSISTEMA SOCIAL DO DIREITO .....	59
<b>3 TUTELA JURÍDICO-COLETIVA: INCLUINDO (E EXCLUINDO) OS GRUPOS NO SUBSISTEMA SOCIAL DO DIREITO</b> .....	85
3.1 TUTELA JURÍDICO-COLETIVA E DECISÃO JURÍDICO-COLETIVA NA PERIFERIA DO SISTEMA JURÍDICO .....	85
3.2 CONTINGENCIALIDADE NA DELIMITAÇÃO DO GRUPO: QUE COMUNICAÇÃO COLETIVA? .....	104
3.3 A DIFERENÇA DOS DIREITOS DE GRUPOS: O SISTEMA DE INTERAÇÃO INFORMANDO, PRIMORDIALMENTE, A COMUNICAÇÃO COLETIVA E A NECESSIDADE DE ACOPLAMENTOS INTERSISTÊMICOS .....	115
3.3.1 Possíveis Contribuições da Etnometodologia para a Tutela Jurídico-Coletiva .....	133
3.3.2 Possíveis Contribuições do DSC para a Tutela Jurídico-Coletiva.....	144
3.4 CONDIÇÕES DE POSSIBILIDADE PARA ADJUDICAÇÃO DO CÓDIGO COMUNICATIVO DO DIREITO NA SEMÂNTICA DA TUTELA COLETIVA .....	149
3.4.1 Perspectiva Coletiva sobre a Individual.....	150
3.4.2 Necessária Atuação Representacional .....	152
<b>4 DEFICIT COLETIVO NOS ACORDOS COLETIVOS PERIFÉRICOS</b> .....	158
4.1 ACORDOS COLETIVOS COMO ACOPLAMENTOS ENTRE SUBSISTEMAS SOCIAIS.....	158
4.2 REVISITANDO A REPRESENTAÇÃO ADEQUADA PARA SUPERAR O PARADIGMA MENTALISTA: OS GRUPOS PRECISAM DA ORGANIZAÇÃO JURÍDICA OU A ORGANIZAÇÃO JURÍDICA PRECISA DOS GRUPOS? .....	174
4.2.1 Tribunal Boca de Grupo no CPC-2015: o IRDR e a Representação (In)Adequada à Brasileira.....	190
4.3 ISOLAMENTO E INSENSIBILIDADE DO SISTEMA DO DIREITO: <i>DEFICIT</i> COLETIVO NA TUTELA COLETIVA PERIFÉRICA .....	200
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	210

## 1 INTRODUÇÃO

Parece bastante evidente que o direito brasileiro vive uma crise paradigmática. Basta um passar de olhos nas decisões jurídicas, especialmente as judiciais, desde as mais singelas instâncias até a corte mais alta, para que se constate um caos jurídico-epistemológico, muito disso causado pelo *boom* argumentativo dos ‘princípios’ jurídicos, advindo modernamente de diversas correntes pós-positivistas.

O direito é pródigo de comunicações jurídicas que vão sendo repetidas acriticamente, a ponto de se transformarem em verdadeiros dogmas ou verdades incontestáveis, formando um “sentido comum teórico dos juristas”<sup>1</sup> ou o “sistema dos fundamentos óbvios”,<sup>2</sup> muito provavelmente em decorrência do “grande paradigma hermenêutico do século XXI: Ctrl + c Ctrl + v”.<sup>3</sup>

Estas decisões jurídicas vão, paulatinamente, sendo absorvidas pela comunidade jurídica, numa espécie de “aluvião (anti)cognitivo” ou “usucapião (anti)epistêmico”.<sup>4</sup>

Desse modo, formam-se jurisprudências que por vezes se consolidam em súmulas ou teses jurídicas (vinculantes ou não), geralmente reverberando-as aos quatro cantos sem que se leve em consideração as imprescindíveis contexturalidades existentes no próprio sistema do direito, mas, principalmente, também em seu ambiente, numa espécie de vista grossa à elevadíssima complexidade e contingência que caracterizam a sociedade em que vivemos e na qual os sentidos estão todos fragmentados, policontexturalizados. Com efeito, o dilema da modernidade é exatamente este: proposta de elaboração de uma racionalidade de um mundo que se sabe que não se pode observar completamente devido à sua diferenciação.<sup>5</sup>

Assim, sem maiores questionamentos, geram um ilusório (à vista da crença do aprisionamento de todos os sentidos jurídicos possíveis do enunciado) e perigoso (posto

---

<sup>1</sup> WARAT, Luís Alberto. O sentido comum teórico dos juristas. *In: A crise do direito numa sociedade em mudança*. FARIA, José Eduardo (Org.). Brasília: Editora UNB, 1988, p. 31-40.

<sup>2</sup> BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria geral do direito tributário*. São Paulo: Lejus, 1998, p. 11-14.

<sup>3</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Vinte dicas republicanas para ter sucesso como (N)DCCJ**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jul-18/senso-incomum-vingte-dicas-republicanas-sucesso-ndccj>>. Acesso em: 15 ago. 2013.

<sup>4</sup> *Idem*. **Um sintoma do atraso de nosso Direito**: acreditar que basta estar na lei. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-jul-17/senso-incomum-sintoma-nosso-atraso-nao-basta-estar-lei>>. Acesso em: 22 de jul. de 2014.

<sup>5</sup> ROCHA, Leonel Severo. Observações sobre a observação luhmanniana. *In: A verdade sobre a autopoiese no direito*. Leonel Severo Rocha; Michael King; Germano Schwartz. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 14.

que ainda muito impregnado da subjetividade do intérprete, típico do ultrapassado modelo sujeito-objeto) sentimento de que todos os problemas estarão prontamente resolvidos, em nome de julgados anteriores, súmulas, ‘precedentes obrigatórios’ ou ‘teses jurídicas’, isto quando não se equipara a lei à norma jurídica, invocando-se, de modo suficiente, a literalidade legal, retrocedendo ao positivismo exegético do século XIX.

Tudo isto se torna ainda muito mais evidente quando estamos no ambiente de comunicações jurídicas, envolvendo agrupamentos de sistemas psíquicos em quantitativos mais ou menos amplos ou, simplesmente, grupos, o que denominamos ‘comunicação jurídico-coletiva’.

Nesse sentido, como será que o direito brasileiro tem observado a binariedade coletivo-individual, uma forma que também pode ser observada nos demais sistemas sociais? E como o subsistema social do direito tem filtrado toda a enorme complexidade existente no ambiente e a reconstruído em seu interior para lidar com a binariedade inclusão-exclusão jurídica dos grupos?

Num sobrevoo jurídico dos últimos dois séculos, pode-se afirmar que, desde a Escola da Exegese, no início do século XIX, com o advento do Código Napoleônico de 1808, passando pelas dezenas de vertentes do positivismo até desembocar no positivismo normativo de HANS KELSEN, chegando às modernas variantes do chamado pós-positivismo jurídico, vivemos um verdadeiro *pêndulo epistemológico* no estudo do direito, que ora pende para razões de ordem prática – buscando-se a justiça nas decisões –, ora para razões teóricas, no afã de garantir a autonomia do direito e, de carona, a tão almejada segurança jurídica.

A tutela jurídico-coletiva não está imune a esta crise paradigmática, de sorte que encontramos inúmeras decisões jurídicas e, aqui, especialmente na periferia do sistema do direito, ora acentuando o isolamento formal do direito, ora realizando a diluição material do direito da sociedade,<sup>6</sup> tendo como pano de fundo os grupos.

Sempre nos pareceu, no mínimo, muito precária (para não dizer autoritária) a maneira como os legitimados ativos à ação coletiva formalizam termos de ajustamento de conduta (TACs) ou ajuízam ações coletivas em benefício dos grupos. Não raro, aqueles que deveriam ser sempre representados nessas situações (os grupos e seus subgrupos) ficam escanteados, subordinados à consciência do membro do Ministério Público, da Defensoria, da advocacia pública ou privada. Os ‘representados’ não são ouvidos.

---

<sup>6</sup> SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Curso de hermenêutica jurídica contemporânea**: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico. Curitiba: Juruá, 2014, p. 769-790.

A decisão jurídica fica refém de um enclausuramento das organizações no sistema do direito, como os prisioneiros na conhecida alegoria ou mito da caverna de PLATÃO,<sup>7</sup> que desde o nascimento são acorrentados no interior da caverna, sendo que atrás dos prisioneiros há uma fogueira, separada deles por uma parede baixa, por detrás da qual passam pessoas carregando objetos que representam homens e outras coisas viventes. As pessoas caminham por detrás da parede de modo que os seus corpos não projetam sombras, mas, sim, os objetos que carregam. Os prisioneiros não podem ver o que se passa atrás deles e veem apenas as sombras que são projetadas na parede em frente. Pelas paredes da caverna também ecoam os sons que vêm de fora, de modo que os prisioneiros, associando-os, com certa razão, às sombras, pensam ser eles as falas das mesmas. Desse modo, os prisioneiros julgam que essas sombras sejam a realidade.

Tudo aquilo que se passa atrás dos prisioneiros (o fogo e os objetos que fazem as sombras) seriam os demais sistemas sociais, que ficam invisíveis para a observação daqueles que decidem juridicamente pelos grupos.

Aliás, de modo mais ou menos acentuado, isto ocorre tanto no sistema em que a representação adequada é derivada *ope legis* da legitimidade ativa para a ação coletiva, portanto uma representação adequada presumida, como naquele em que o Poder Judiciário exerce o controle da representação do grupo durante todo o transcorrer na ação coletiva. Nenhum desses modelos resolveria esta questão, justamente porque o sistema jurídico, sozinho, sempre apresentará este grave *deficit* coletivo. São necessárias, pois, comunicações *intersistêmicas* para tentar minimizar este problema.

É lugar-comum, por exemplo, afirmar que o TAC seja uma transação ou negócio jurídico. Este entendimento, predominante na dogmática jurídica brasileira, sobre simplificar excessivamente o TAC isola o subsistema social do direito, num solipsismo sistêmico que cerra a observação à complexidade ambiental, deixando o sistema jurídico ‘manco’ ao ocultar o outro lado da forma, a sua heterorreferência.

No reforço desta práxis jurídica titubeante, a dogmática jurídica que versa sobre a tutela jurídico-coletiva permanece preponderantemente escorada em um viés individualista, centrado na figura do juiz, do promotor, do defensor e do advogado, ou seja, numa ilusória autossuficiência do direito para lidar com racionalidades sistêmicas que lhe são alheias.

Quando se trabalha o direito *da* sociedade, ou seja, vendo o direito como apenas um dos vários subsistemas sociais da sociedade moderna, não há como desconsiderar uma

---

<sup>7</sup> *A República* – Livro VII.

observação *externa* do subsistema social do direito e considerar o TAC não apenas como uma decisão jurídica que inclui (exclui) grupos no sistema do direito, mas como um verdadeiro *acoplamento operacional* entre o subsistema do direito e outros subsistemas sociais (econômico, político, científico, organizacional, interacional etc.), com toda a enorme complexidade que esta comunicação intersistêmica ocasiona.

Pensamos que um passo muito importante nesse debate é superar posturas arrimadas em uma dogmática individualista que se escoram em paradigmas analíticos ou hermenêuticos e, autodenominando-se pós-positivistas, muitas vezes reafirmam camufladamente um positivismo, por vezes pré-kelseniano.

Desse modo, partiremos da fixação, na seção 2, de um paradigma pós-ontológico, que consegue preservar a *autonomia do direito*, superando o velho esquema sujeito-objeto e retirando subjetividades na construção de sentidos, mas, igual e simultaneamente, não fecha a observação à complexidade do ambiente desse sistema, que, por sua vez, por meio de sua *abertura cognitiva*, permite que o sistema se (auto)irrite, observando a complexidade do ambiente e reconstrua seu próprio sentido a partir de suas operações internas. Observa-se toda a floresta, sem deixar de observar a especificidade da árvore. Leva-se em conta o entorno, sem abrir mão da ‘idiossincrasia sistêmica’ do direito. É o genial paradoxo luhmanniano da abertura no fechamento.

A teoria dos sistemas de LUHMANN, a partir da diferença-diretriz sistema-ambiente e do paradoxo da abertura no fechamento, permitirá, acima de tudo, observar o que chamamos de *deficit* coletivo nas comunicações jurídico-coletivas para que possamos, também, sugerir alguns caminhos que possam eventualmente mitigar este problema.

A presente tese nada mais é do que um esforço em conciliar a elevadíssima abstração da teoria dos sistemas sociais de LUHMANN com aquilo que temos vivenciado na práxis da promotoria de justiça nestes últimos 13 anos em diversas temáticas (consumidor, infância e juventude, ambiental, pessoas com deficiência). Enfim, mostrar uma possibilidade de aplicação prática da teoria, especificamente na seara dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Portanto, apresentaremos o que denominamos de *comunicação jurídico-coletiva*, bem como suas tematizações, ou seja, mostraremos que a policontextualidade existe, também, no interior do subsistema social do direito, haja vista os variados programas condicionais que versam sobre os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, com significativas diferenças, por vezes desprezadas pela dogmática.

Na sequência, a partir da dicotomia centro-periferia, deixaremos claro quais as organizações jurídicas que estão nessas condições e que comunicam decisões jurídico-

coletivas, atualizando o sistema do direito neste âmbito temático.

Nosso objetivo é observar a decisão jurídico-coletiva tomada pelas organizações *da periferia* do direito, daí por que não será objeto de nossa observação as decisões *judiciais* que, diga-se de passagem, não estão imunes a *deficit* coletivos ora denunciados. Trataremos apenas de passagem pelas decisões judiciais quando for abordado o incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR).

Ainda no segundo capítulo (seção 3), podemos observar uma questão absolutamente primordial à temática dos chamados direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos que tem passado, incauta, pelos estudiosos do assunto: a *delimitação do grupo* a ser incluído no subsistema social do direito e o *interesse* desse mesmo grupo a ser levado em consideração.

Num modelo como o brasileiro, no qual a representação adequada dos grupos pelos colegitimados ativos é presumida a partir da enunciação legal desses colegitimados, o indivíduo que está inserido na organização que toma a decisão jurídica pelo grupo assim o faz a partir “da literalidade da lei e de sua própria consciência”, quiçá de sua “independência funcional”? A partir de um sentido construído isoladamente na solidão dos gabinetes, sem uma análise do(s) discurso(s) do(s) grupo(s) que está(ão) sendo “representado(s)”?

De um modo geral, este parece que tem sido o caminho trilhado, predominantemente, por nossa dogmática jurídica, isolando verdadeiramente o subsistema social do direito, tornando-o insensível ao ambiente e aumentando enormemente os riscos destas decisões à vista do distanciamento que passa a existir entre a instância decisora e os afetados pela decisão.

Que caminho a teoria dos sistemas poderia nos apontar para tentar minimizar este *deficit*? A resposta, segundo nossa leitura, estaria na comunicação intersistêmica entre os subsistemas sociais autopoieticos, proporcionado pelas respectivas aberturas cognitivas.

Nesse rumo, apontaremos as possíveis contribuições da etnometodologia e do discurso do sujeito coletivo (DSC), que, absorvendo incertezas e reduzindo a complexidade do ambiente (especialmente do sistema de interação), poderia auxiliar uma tomada de decisão jurídica que combine adequação social e consistência suficiente, reconstruindo internamente o sistema jurídico e de forma menos arriscada (ilegítima) a delimitação/o interesse do grupo.

Por fim, ainda segundo capítulo (seção 3), mostraremos as duas condições de possibilidades para se adjudicar o código comunicativo do direito no contexto da semântica da tutela coletiva, o que é feito a partir de observações de como as operações jurídicas

indicam o lado coletivo da forma coletivo-individual.

Trata-se de uma ideia importante, a nosso entender, para a construção de qualquer sentido jurídico no âmbito jurídico-coletivo, indo além da afirmação simplificadora de que o ‘microssistema processual coletivo’ se assenta na (frágil) relação entre Lei da Ação Civil Pública (LACP) – art. 21 – e Código de Defesa do Consumidor (CDC) – art. 90. Nesta linha, a possibilidade da inclusão (exclusão) dos grupos no sistema do direito torna-se possível ainda que os dispositivos legais acima mencionados sejam eventualmente revogados, o que de certa forma demonstra coerência com o conceito luhmanniano de positividade do direito, superando a velha teoria das fontes do direito e não colocando qualquer ênfase ou exclusividade na fonte estatal (lei).

No capítulo final observamos os acordos coletivos realizados na periferia do sistema jurídico, como acoplamentos com os mais variados subsistemas sociais. Trata-se de uma observação que, ao nosso sentir, leva em consideração a complexidade e a contingência da sociedade moderna, não cingindo a observação dos acordos à ‘natureza jurídica’, seja como transação, negócio jurídico ou quejandos.

Revisitamos a ‘representação adequada’ para, a partir da abertura cognitiva do subsistema social do direito, verificar que as organizações jurídicas precisam deixar-se (auto)irritar com as comunicações advindas da sociologia e de outros sistemas sociais (interação, economia, ciência, religião, educação, saúde, família etc.) e se libertar de uma observação centrada na figura individual do juiz, do promotor ou do advogado que postula pelas organizações.

Trata-se de um mecanismo fundamental para que as organizações que decidem sobre os grupos (o que a dogmática chama de ‘representantes adequados’) possam, conectando decisões em uma rede recursiva de outras decisões, absorver incertezas e produzir seletividades que combinem autorreferência e heterorreferência, ressonâncias e variações no sistema do direito, reduzindo riscos. Afinal, quanto maior o risco, maior será o *deficit* coletivo da decisão jurídica.

Mostraremos alguns exemplos de *deficit* coletivo em acordos celebrados na periferia do sistema do direito, fruto basicamente de decisões jurídicas que demonstram isolamento e insensibilidade do sistema jurídico.

## 2 DIREITOS DE GRUPOS À LUZ DA MATRIZ SISTÊMICA LUHMANNIANA

Neste capítulo pensaremos a matriz sistêmica luhmanniana como uma abordagem adequada para a observação dos direitos de grupos na sociedade moderna; e, num segundo momento, a comunicação jurídico-coletiva com suas tematizações internas no direito.

### 2.1 A MATRIZ SISTÊMICA LUHMANNIANA COMO PONTO DE PARTIDA PARA A OBSERVAÇÃO DOS DIREITOS DE GRUPOS NA SOCIEDADE MODERNA

Em um sobrevoo acerca dos mais representativos movimentos jurídicos, desde o início do século XIX, a partir do declínio do jusnaturalismo moderno e com a emergência da era das codificações com o Código Napoleônico (1804) e o Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) alemão (1900) que deram origem, respectivamente, à Escola da Exegese e à Escola Histórica, sobrevivendo posteriormente a Jurisprudência dos Conceitos (pura razão teórica), o movimento do Direito Livre (pura razão prática), a Jurisprudência dos Interesses e a Jurisprudência dos Valores, portanto, desde o positivismo exegético até desembocar no positivismo normativista de Kelsen e, mais recentemente, após 1945 com o movimento constitucionalista e suas variadas vertentes pós-positivistas, podemos afirmar a existência de uma espécie de *pêndulo jurídico epistemológico*.

Há, pois, uma clara movimentação pendular que aponta ora para razões de ordem teórica, ora para razões de ordem prática, enfatizando a objetividade da decisão (segurança), como o juspositivismo oitocentista,<sup>8</sup> ou a justiça a partir da subjetividade do decisor, como o juspositivismo desenvolvido no século XX, sobretudo após as obras de Kelsen.<sup>9</sup>

É certo que cada contexto histórico-social justificava uma específica tomada de posição epistemológica no trato das questões jurídicas, sendo plenamente coerente com o contexto da época (final do século XVIII), por exemplo, defender a ideia de um Poder Legislativo forte, de um juiz ‘boca de lei’, portanto, de enfatizar a segurança jurídica a fim

---

<sup>8</sup> Mario G. Losano aponta dois “princípios fundamentais” comuns aos positivismos jurídicos do século XIX: a) somente o direito positivo é direito – o direito deve ser produzido pela autoridade constituída de acordo com certos procedimentos [...]; b) o direito assim posto deve ser incondicionalmente obedecido – o único modo juridicamente admissível para exprimir o próprio dissenso é atuar para uma reforma legislativa [...]. Cf.: LOSANO, Mario G. **Sistema e estrutura no direito**. v. 2. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 33-34.

<sup>9</sup> STRECK, Lenio Luiz; MATOS, Daniel Ortiz. **Mitos sobre o positivismo jurídico**: uma leitura para além do senso comum teórico. Revista UNIFESO – Humanas e Sociais, v. 1, n. 1, 2014, p. 120-140.

de reafirmar os ideais pós-revolucionários do Iluminismo, colocando uma pá de cal nas tradições da Idade Média para fundar um estilo de conhecimento baseado na razão, como ocorreu com a Escola da Exegese na França (ou sua correspondente alemã, o pandectismo, quando da incorporação do direito romano à ordem jurídica alemã os juristas passaram a ter uma atitude rigorosamente exegética<sup>10</sup>), na qual sobrou razão teórica na mesma proporção que faltou razão prática.<sup>11</sup>

Assim, à vista deste fechamento hermético do direito para com a realidade, primando pela segurança jurídica em detrimento da justiça da decisão, ergueram-se variadas correntes em oposição à concepção legalista da Escola da Exegese e dos padectistas alemães.

A Escola Histórica do Direito, por exemplo, surge como uma reação à ausência de contextualidade histórico-cultural existente na Escola da Exegese, demonstrando a insuficiência de se compreender o direito exclusivamente a partir do texto da lei, portanto, procurando equilibrar o pêndulo jurídico epistemológico, realçando mais o lado da razão prática em oposição ao racionalismo mecanicista do Iluminismo da época, modificando a forma de aproximação do direito, de uma estática mecanicista para uma dinâmica histórica e consuetudinária.<sup>12</sup>

Todavia, a Escola Histórica não cumpriu com as expectativas que ela mesma gerou, pois acabou dogmatizando juridicamente a história, que deveria ser contextual, cultural e verdadeiramente histórica, o que acabou fortalecendo a causa que a fez surgir, ou seja, a concepção legalista da Escola da Exegese, pois acrescentou ao método gramatical os métodos também racionalistas-iluministas, da interpretação histórica, sistemática e teleológica.<sup>13</sup>

Além disso, no plano operativo das decisões jurídicas, ambas as escolas seguiam o silogismo aristotélico, com uma única diferença: enquanto para a Escola da Exegese a premissa maior era necessariamente o texto da lei (vontade do legislador), para a Escola Histórica muda-se para uma proposição constituída pelo trabalho dogmático dos juristas, a quem ficou incumbida a responsabilidade da determinação do sentido do direito formado pelo espírito comunitário do povo (Volksgeist).<sup>14</sup>

---

<sup>10</sup> DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 54.

<sup>11</sup> SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Curso de hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico**. Curitiba: Juruá, 2014, p. 29-49.

<sup>12</sup> *Ibidem*, p. 51-77.

<sup>13</sup> *Ibidem*, p. 70.

<sup>14</sup> *Ibidem*, p. 74 e 76.

Ainda nesta linha de contraposição ao legalismo da Escola da Exegese, da Escola Histórica, do pandectismo alemão e seu apogeu, a Jurisprudência dos Conceitos,<sup>15</sup> poderíamos mencionar o movimento do Direito Livre e sua respectiva reação quanto à possibilidade de decisões *contra legem* (Jurisprudência dos Interesses<sup>16</sup>) e, mais recentemente, a Jurisprudência dos Valores, uma verdadeira continuidade da Jurisprudência dos Interesses, com a diferença de que esta volta-se à atividade do legislador, ponderando os interesses que levaram à edição da lei, enquanto aquela se dirige para a atividade do juiz, orientando as decisões jurídicas de acordo com os valores do convívio social.<sup>17</sup>

A Jurisprudência dos Interesses, assim, nada mais foi do que uma reação contra o fechamento do sistema jurídico pela Jurisprudência dos Conceitos e esta, por seu turno, uma reação de imunidade contra influências externas, no contexto da positivação do direito na sociedade moderna. Do ponto de vista da decisão jurídica, a Jurisprudência dos Interesses pugnava por uma necessidade de *mais variação* no sistema do direito em detrimento do acento na *redundância* da Jurisprudência dos Conceitos.<sup>18</sup>

Mesmo após o positivismo normativista de Hans Kelsen, especialmente a partir da segunda metade do século XX, o pêndulo jurídico-epistemológico permaneceu oscilando, por meio das teorias da argumentação jurídica, na tentativa de estabelecer um equilíbrio entre uma compreensão analítico-formal do direito, proposta pela Teoria Pura, e a necessidade de justificação da decisão jurídica. Mais justiça, menos segurança jurídica. Mais variação, menos redundância.

Com isto, surgiram inúmeras propostas de abertura do sistema jurídico para as questões de razão prática, o que inaugurou a possibilidade de novas e complexas problematizações sobre a relação direito e sociedade, abrindo campo a concepções jurídicas denominadas pós-positivistas.<sup>19</sup>

---

<sup>15</sup> WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010, parte IV.

<sup>16</sup> NEVES, A. Castanheira. **Digesta**: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. Coimbra: Coimbra, 1995, v. 2, p. 223.

ABBOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Introdução à teoria e à filosofia do direito**. São Paulo: RT, 2013, p. 339.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Op. cit.*, p. 100 e 117-118.

<sup>17</sup> ABBOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Op. cit.*, p. 340.

<sup>18</sup> LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Mexico: Editorial Herder, 2005, p. 453.

<sup>19</sup> SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Op. cit.*, p. 228-229.

Atualmente, verifica-se o embate entre posturas fulcradas em premissas da filosofia da consciência (vertentes do positivismo metódico,<sup>20</sup> que vão desde o exegetismo até algumas modernas correntes da teoria da argumentação jurídica que ainda se escoram em premissas da filosofia da consciência e por vezes autodenominam-se pós-positivistas) e posturas realmente pós-positivistas, que trabalham o direito e a realidade social a partir de parâmetros da filosofia da linguagem.

Nesse sentido, poderíamos mencionar, por exemplo, a teoria estruturante do direito (FRIEDRICH MÜLLER), que – sobre negar a sinonímia entre norma e texto, refutando dualismos como norma-caso e direito-realidade,<sup>21</sup> a resolução de casos a um processo logicamente conduzido por silogismos e a ordem jurídica positiva como uma artificialidade – propõe um modelo *indutivo*<sup>22</sup> de teoria e prática que abarca dogmática, metodologia, teoria do direito e teoria constitucional.<sup>23</sup>

Ao lado das chamadas ‘vertentes substancialistas’, que partem de teorias hermenêuticas, especialmente a hermenêutica filosófica da tradição de Heidegger e Gadamer (RONALD DWORKIN; FRIEDRICH MÜLLER; LENIO STRECK) e procedimentalistas, que partem de teorias discursivas (J. HABERMAS; ROBERT ALEXY), temos a teoria dos sistemas sociais (NIKLAS LUHMANN), que, no lugar dos fatos, das ações sociais e da linguagem, concebe a sociedade como um *sistema comunicacional* e vai além das viradas linguísticas lógica (Wittgenstein) e ontológica (Heidegger).<sup>24</sup>

Assim, bem ou mal, sempre houve “razões epistêmicas” ou “justificações epistêmicas”<sup>25</sup> para que, em cada específico momento histórico, preponderasse um modo próprio de se explicar a abertura ou o fechamento da decisão jurídica às questões da vida prática, ou seja, de prevalecer uma “modalidade de pensamento metodológico”<sup>26</sup> no campo

<sup>20</sup> MÜLLER, Friedrich; MANCEBO, Luís-Quintín Villacorta. **Postpositivismo**. Santander: Ediciones TGD, 2008, p. 3.

<sup>21</sup> MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito**: introdução à teoria e metódica estruturantes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 9-15.

<sup>22</sup> De acordo com Friedrich Müller, o paradigma proposto pela teoria estruturante do direito é indutivo “por trabalhar de baixo para cima: não começa com a teoria abstrata, mas com as tarefas comuns da práxis jurídica e com o seu entorno social”. *Ibidem*, p. 11.

<sup>23</sup> MÜLLER, Friedrich; MANCEBO, Luís-Quintín Villacorta. **Postpositivismo**. Santander: Ediciones TGD, 2008, p. 118-189.

MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito**: introdução à teoria e metódica estruturantes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 100.

<sup>24</sup> SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Op. cit.*, p. 599.

<sup>25</sup> FUMERTON, Richard. **Epistemologia**. Petrópolis: Vozes, 2014, p. 17.

<sup>26</sup> ABOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Op. cit.*, p. 325.

jurídico. Afinal, cada escola acabava dando motivos para a instauração de outra escola ou movimento que tentasse corrigir suas deficiências ora teóricas, ora práticas.

Certamente, é possível encontrar resíduos de cada uma destas escolas no pensamento jurídico brasileiro atual, especialmente por meio de “mixagens teóricas assistemáticas e contraditórias”, quando uma decisão jurídica se escora, simultaneamente, em perspectivas teóricas inconciliáveis.<sup>27</sup>

Pois bem. Ciente da imprescindibilidade de um sistema de referência como condição do conhecimento,<sup>28</sup> a presente tese tem fortes inspirações na teoria dos sistemas sociais de LUHMANN, que, para nós, consegue resolver da melhor maneira as tensões entre prática e teoria nas teorias jurídicas desde o positivismo exegético até as modernas teorias jurídicas, sejam substancialistas (Dworkin) ou procedimentalistas (Habermas).

Não que a perspectiva luhmanniana esteja certa e todas as demais erradas. Não que a teoria dos sistemas seja melhor que aquelas de cunho hermenêutico, procedimental, ou que as teorias de matriz analítica, até porque nem mesmo LUHMANN defendeu esta ideia. Trata-se, tão somente, de um *modo diferente de observar o fenômeno jurídico*. Nada mais além disso.

Por outro lado, é preciso evitar as “mixagens teóricas” vivamente denunciadas por STRECK.<sup>29</sup>

LUHMANN e a tradição hermenêutica, por exemplo, são conciliáveis em pouquíssimos aspectos. Essa tradição hermenêutica, embora tenha superado a virada linguística (são todas pós-metafísicas), ainda está em um nível de análise ontológico, quer dizer, ainda acredita no ser dos entes, por exemplo. Em LUHMANN, estamos diante de um pensamento pós-ontológico, que trabalha no nível das diferenciações, puramente formal. As observações são sempre construções de cada sistema observador e não guardam correspondência com a realidade externa.

Ao nosso sentir, a teoria luhmanniana consegue, *ainda que não propondo especificamente qualquer caminho*, uma “mediação adequada entre o isolamento formal e a diluição material do direito, entre segurança jurídica e legitimidade ou justiça material do

---

<sup>27</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 27-57, 501-512.

<sup>28</sup> TELLES JR., Gofredo da Silva. **O direito quântico**. São Paulo: Max Limonad, 1974, p. 73.

<sup>29</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. São Paulo: Saraiva, 2012, loc. cit.

direito”,<sup>30</sup> especificamente por meio de seu genial paradoxo da abertura no fechamento, sepultando de vez vetustas discussões sobre se o sistema jurídico é fechado ou aberto.

Em LUHMANN, trabalha-se o direito *da* sociedade, no qual o uso da preposição ‘de’, em lugar da habitual conjunção ‘e’, tem por finalidade deixar estabelecido que sempre se trata da *mesma sociedade* e não de algo separado que pudesse se unir ou se separar dela.<sup>31</sup>

Não se trata, por outro lado, de uma teoria normativa, de sorte que a superteoria social luhmanniana *não é passível de ser dogmatizada*. Isto significa que está dotada da *capacidade de aprender* e que, ao contrário do que se poderia supor acerca de uma teoria não normativa, pode fazer uma crítica muito profunda da sociedade, a partir da reflexão sistêmica.<sup>32</sup>

É uma teoria sem linearidades, causalidades, hierarquias normativas, carecendo de vértice e de centro. Uma teoria da liberdade.<sup>33</sup> Um caminho diferente, sem princípios, sem nenhuma suposição ou argumento exterior às próprias operações jurídicas.<sup>34</sup>

A teoria dos sistemas de LUHMANN é labiríntica e circular, envolvendo uma enorme rede de conceitos entrelaçados que lhe são muito próprios.

Nesse sentido, de acordo com o próprio autor, quem se propõe a enveredar por seus caminhos deve estar cômico de que não encontrará uma “autopista com um final feliz”.<sup>35</sup>

Ao contrário de Habermas, a perspectiva de LUHMANN é radical e não combina autorreferência com transcendentalismo e isto ocasiona justamente a desvantagem de não haver “espaço para expectativas de reconstrução ideal do mundo”, mas tem a vantagem de proporcionar “uma descrição com graus bastante altos de verificação empírica e de sensibilidade às tensões que se estabelecem na trajetória evolutiva dos sistemas da sociedade”.<sup>36</sup>

---

<sup>30</sup> SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Op. cit.*, p. 771.

<sup>31</sup> LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Mexico: Editorial Herder, 2015, p. 70.

<sup>32</sup> MANSILLA, Darío Rodriguez *apud ibidem*, p. 39.

<sup>33</sup> GARCÍA, Jesús Ignacio Martinez *apud ibidem*, p. 17.

<sup>34</sup> SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Op. cit.*, p. 616.

<sup>35</sup> LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociales**: lineamentos para una teoría general. Trad. Silvia Pappé y Brunhilde Erker. Coord. Javier Torres Nafarrate. Rubí (Barcelona): Anthropos; Mexico: Universidad Iberoamericana; Santafé de Bogotá: CEJA, Pontificia Universidad Javeriana, 1998, p. 11.

<sup>36</sup> SIMIONI, Rafael. Lazzarotto. **Consenso, dissenso e autopoiesis**: crítica de Niklas Luhmann à teoria de Jürgen Habermas na perspectiva do direito. Disponível em: <<http://www.diritto.it/docs/24440-consenso-dissenso-e-autopoiesis-critica-di-niklas-luhmann-alla-teoria-di-j-rgen-habermas-nella-perspectiva-del-diritto>>. Acesso em: 10 jun. 2016.

LUHMANN não segue uma linha normativa em busca da racionalidade com intuito de constatar como é possível alcançar determinados resultados da melhor maneira possível, de modo mais seguro ou com custos mínimos.<sup>37</sup>

De antemão, temos de já deixar bem assentado que não adentraremos a fundo neste labirinto luhmanniano. Não temos a pretensão, nem de longe, de reconstituir as diversas etapas do pensamento de LUHMANN, o que refugiria por completo dos propósitos deste trabalho que tem um foco muitíssimo mais singelo e que apenas se inspira nesta teoria social até o ponto de poder explicar e desenvolver a tese que visa não apenas denunciar o *deficit* coletivo existente na tutela jurídico-coletiva efetivada fora do âmbito jurisdicional ou, em termos sistêmicos, *apontar a insensibilidade e o isolamento do subsistema social do direito observado a partir das decisões jurídicas das organizações que se encontram na periferia deste subsistema* e que estão habilitadas, pelos programas decisórios do sistema do direito, a decidir em benefício dos grupos, *mas também sugerir alguma possibilidade para mitigar este isolamento/insensibilidade*, este *deficit* coletivo.

Não pode haver qualquer dúvida de que este mesmo *deficit* também existe nas decisões *judiciais*, mas, por uma delimitação temática, não será objeto de nossa atenção. Apenas de passagem e incidentalmente será tratada esta perspectiva na abordagem do novel IRDR.

A teoria luhmanniana permite observar o fenômeno jurídico considerando, necessária e simultaneamente, a autonomia/identidade do sistema do direito (seu fechamento operacional) e as autoirritações deste sistema a partir de informações do ambiente (sua abertura cognitiva).

É justamente neste paradoxo da abertura no fechamento do sistema que, segundo nossa leitura, reside a grande genialidade de LUHMANN, posto que, indo além da teoria geral dos sistemas abertos de Bertalanffy, é onde os sistemas mantêm uma relação de causalidade *input-output* com o ambiente que se possibilita que os subsistemas sociais tenham, *simultaneamente*, não apenas autonomia mas dependência do ambiente, ou seja, autorreferência e heterorreferência, efetuando-se conjuntamente na forma de clausura operativa para que seja possível a abertura cognitiva.<sup>38</sup>

---

<sup>37</sup> LUHMANN, Niklas. **Organización y decisión**. Mexico: Editorial Herder, 2010, p. 35.

<sup>38</sup> LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Mexico: Editorial Herder, 2015, p. 139.

Neste quadrante, ao contrário da dualidade entre sistema autorreferente e sistema alorreferente, no sentido da concepção biológica de Maturana, no caso dos sistemas sociais “a heterorreferência cognitiva é pressuposto da autorreferência operacional e vice-versa”.<sup>39</sup>

Com isto, LUHMANN possibilita que, em nosso caso, o subsistema funcional do direito, por suas membranas,<sup>40</sup> deixe-se sensibilizar com as informações do ambiente, filtrando-as e processando-as, sempre internamente, para que seja possível variar e gerar ressonância sistêmica.

Quer-nos parecer que, a partir deste paradoxo da abertura no fechamento, LUHMANN consegue um equilíbrio, ainda que nunca de modo perfeito, no pêndulo jurídico-epistemológico, permitindo que o sistema do direito continue exercendo sua função social de generalizar expectativas normativas (contrafáticas), gerando necessárias *ressonâncias (segurança jurídica)* e, *ao mesmo tempo*, possa *variar*, aprendendo com autoirritações a partir de informações do ambiente e realizando a justiça *jurídica*, exatamente aquela sem pretensão de perfeição, que se desdobra em justiça *funcional* (relacionada ao fechamento operacional do sistema, à possibilidade de ressonância que mantém a identidade e a função social do sistema) e justiça *mutante* (relacionada à abertura cognitiva, à variação que possibilita a incorporação de novas expectativas e inovações).<sup>41</sup>

A teoria dos sistemas sociais de LUHMANN tem pretensão universalista, no sentido de abranger o campo de objeto da sociologia em sua totalidade, ou seja, reclamando aplicabilidade a *todo fenômeno social*.

Todavia, essa universalidade da teoria dos sistemas sociais autopoieticos não significa pretensão de justeza total nem de validez única.<sup>42</sup> Nada tem a ver, portanto, com a exclusão de outras possíveis interpretações teóricas que podem ser sustentadas alternativamente, até porque uma ideia nesse sentido bloquearia uma das pedras de toque da construção luhmanniana: a contingencialidade.

A pretensão de universalidade desta teoria é evidente ao considerar a sociedade como o sistema social global e seus diversos subsistemas diferenciados funcionalmente (política, economia, direito, ciência, arte, família, religião etc.), que, muito embora

---

<sup>39</sup> NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2013, p. 142.

<sup>40</sup> GARCÍA, Jesús Ignacio Martínez *apud* LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Mexico: Editorial Herder, 2015, p. 19.

<sup>41</sup> VIANA, Ulisses Schwarz. **Direito e justiça em Niklas Luhmann: complexidade e contingência no sistema jurídico**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2015, p. 163-307.

<sup>42</sup> LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociales: lineamentos para una teoría general**. Trad. Silvia Pappe y Brunhilde Erker. Coord. Javier Torres Nafarrate. Rubí (Barcelona): Anthropos; Mexico: Universidad Iberoamericana; Santafé de Bogotá: CEJA, Pontificia Universidad Javeriana, 1998, p. 7 e 39.

operacionalmente fechados, mantêm acoplamentos entre si e com o sistema global, possibilitando inovações a partir de construções *internas* de cada sistema em relação aos seus respectivos ambientes. A teoria de LUHMANN, portanto, não fica restrita, como no funcionalismo de PARSONS, na visão unitária do sistema social, mas propõe uma multicentralidade sistêmica, em que cada subsistema parcial, além da função específica que exerce para a sociedade<sup>43</sup> também mantém relação com os demais sistemas parciais (prestações).

Tendo, pois, esta teoria o intento de abranger toda a sociedade, negando a dicotomia sociologia empírica-teórica, pensamos ser ela a mais adequada para dar conta da alta complexidade e contingência que marcam a sociedade moderna, especialmente quando estamos lidando com um tipo peculiar de comunicação jurídica que *não se refere*, de modo isolado, à específica pessoa<sup>44</sup> (“artefato semântico”<sup>45</sup>), mas a *quantitativos indefiníveis* (direitos difusos), *potencialmente indefiníveis*<sup>46</sup> (direitos individuais homogêneos) ou *definíveis* de determinadas pessoas em interação (direitos coletivos), o que, como veremos adiante, deixa o sistema do direito com certa carência cognitiva que deve ser obtida com as prestações dos demais sistemas sociais, especialmente do *sistema de interação*.

Podemos adiantar, portanto, que *comunicação coletiva* é aquela que *se refere a grupos, ou seja, quantitativos (indefiníveis, potencialmente indefiníveis ou definíveis) de pessoas em suas interações*, sendo que o *locus* de observação é exatamente o *sistema interacional*, um dos sistemas sociais que estão *dentro da sociedade*, muito embora tenha

---

<sup>43</sup> A partir do primado de sua função, os sistemas parciais funcionais alcançam a clausura operativa e formam sistemas autopoieticos no interior do sistema autopoietico da sociedade. LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Mexico: Editorial Herder, 2007, p. 592.

Ademais, “puesto que todas las funciones necesarias tienen que ser realizadas y son interdependientes, la sociedad no puede conceder primacia absoluta a ninguna de ellas”. LUHMANN, Niklas. **Complejidad y modernidad**: de la unidad a la diferencia. Edición y traducción de Josetxo Berian y José María García Blanco. Madrid: Editorial Trotta, 1998, p. 78-79.

<sup>44</sup> A expressão, aqui, é tomada como sistema psíquico *que é observado por outro sistema psíquico ou social*. Pessoa como posição ou endereço comunicativo de algum sistema social. O conceito de pessoa, portanto, expressa melhor a relevância para um determinado observador do que o conceito de sistema psíquico. Nesse sentido, assevera Luhmann que “cuando se trata de expresar la dependencia de la reproducción del sistema social comunicativo de los atributos personales de los participantes, no hablamos de ‘psiquización’ sino de ‘personificación’ de los sistemas sociales”. LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociales**: lineamentos para una teoría general. Trad. Silvia Pappé y Brunhilde Erker. Coord. Javier Torres Nafarrate. Rubí (Barcelona): Anthropos; Mexico: Universidad Iberoamericana; Santafé de Bogotá: CEJA, Pontificia Universidad Javeriana, 1998, p. 117-118.

<sup>45</sup> TEUBNER, Günther. **How the law thinks**: toward a constructivist epistemology of law. *Law & Society Review*, v. 23, n. 5 (1989), p. 727-757.

<sup>46</sup> Porque o quantitativo de indivíduos *pode ser* tão incomensurável quanto aqueles envolvidos nos direitos difusos.

especificidade autopoietica, posto que se forma a partir da presença (perceptibilidade) de pessoas para resolver o problema da dupla-contingência através da comunicação.<sup>47</sup>

Nesse sentido, LUHMANN é bastante esclarecedor: “el hecho de que la conciencia y los sistemas de comunicación operen de manera completamente separada y libre de intersecciones no excluye la posibilidad de que en la comunicación nos remitamos a sistemas psíquicos”, sendo *peçoas* justamente as unidades que a comunicação constrói para esse efeito, ou seja, os *destinatários da comunicação*.<sup>48</sup> As pessoas podem, então, ser *temas de comunicação*,<sup>49</sup> ser observadas pelos sistemas sociais, de modo que *a função da personalização fica restrita à comunicação nos sistemas sociais*.<sup>50</sup>

Pois bem, a teoria de LUHMANN trabalha com a ideia de que *para cada experiência concreta sempre existem mais possibilidades do que seria possível realizar* (complexidade) e que *cada possibilidade poderia ser diferente do esperado* (contingência),<sup>51</sup> ou seja, seria *possível também de outro modo*,<sup>52</sup> o que demonstra adequação para observação do direito na acentricidade e policontextualidade da sociedade moderna, especialmente quanto aos chamados direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos ou, como preferimos, de modo conglobante, direitos de grupos.

Aceitar as premissas luhmannianas ensina a nunca se surpreender com a diversidade, com a possibilidade de que a decisão poderia ser de outra maneira, já que toda seleção é contingente.

Todavia – que fique bem claro –, não se trata de um relativismo no qual tudo é permitido no interior do sistema, em que vale qualquer coisa. Também não se fala em arbitrariedades.<sup>53</sup> Pelo contrário, a necessária realização da autopoiese sistêmica, que tem seu nível específico nas operações, *não prescinde* do aspecto histórico,<sup>54</sup> especialmente em razão da autorreferência, recursividade e conectividade desse tipo de sistema, que *refuta*

---

<sup>47</sup> LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Mexico: Editorial Herder, 2007, p. 645.

<sup>48</sup> LUHAMNN, Niklas. **La ciencia de la sociedad**. Mexico: Anthropos, 1996, p. 30.

<sup>49</sup> CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema político e decisão judicial**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 69.

<sup>50</sup> LUHAMNN, Niklas. **La ciencia de la sociedad**. Mexico: Anthropos, 1996, p. 30.

<sup>51</sup> LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p. 45.

<sup>52</sup> LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociales: lineamentos para una teoría general**. Trad. Silvia Pappé y Brunhilde Erker. Coord. Javier Torres Nafarrate. Rubí (Barcelona): Anthropos; Mexico: Universidad Iberoamericana; Santafé de Bogotá: CEJA, Pontificia Universidad Javeriana, 1998, p. 48.

<sup>53</sup> LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Mexico: Editorial Herder, 2005, p. 94.

<sup>54</sup> ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. **Introdução à teoria do sistema autopoietico do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 96.

*justamente a arbitrariedade das conexões*, pressupondo, assim, o encadeamento e continuidade com os estados que precedem, proporcionado pela estrutura, de modo que a recursão guiada pela binariedade do código do sistema funda uma *continuabilidade infinita*.<sup>55</sup>

A autopoiese representa exatamente este suceder contínuo, de uma operação a outra, de modo que, a cada momento, as construções de sentido são reunidas, conservando e fazendo perdurar o sistema.<sup>56</sup>

De acordo com JEAN CLAM, “um sistema pratica a autopoiese desde o momento em que é capaz de encadear as operações nas quais ele se efetua a si mesmo sem ter de recorrer a referências ou a impulsos externos”.

É claro que não podemos esperar da teoria luhmanniana mais do que ela nos pode dar, ou seja, em seu programa *não* encontramos respostas aos problemas da dinâmica social.<sup>57</sup> Trata-se, segundo MARCELO NEVES, não de uma “teoria de chegada, projeto acabado e fechado, mas sim uma teoria de partida, aberta a novas incursões e alternativas”.<sup>58</sup>

Este paradigma ou matriz da teoria jurídica “permite afirmar que por trás de todas as dimensões da semiótica, notadamente as funções pragmáticas da linguagem nos processos de decisão jurídica, estão presentes, redefinidas no interior do sistema, a problemática do risco e a do paradoxo”.<sup>59</sup>

Desse modo, por exemplo, a sociedade moderna controla as indeterminações existentes no âmbito dos direitos de grupos, mas, ao mesmo tempo, não cessa de produzir mais e mais indeterminações nesta mesma seara, gerando um paradoxo, pois quanto mais os riscos são controlados por decisões do Poder Judiciário ou das organizações localizadas na periferia do sistema do direito, mais eles são produzidos.

---

<sup>55</sup> ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. **Introdução à teoria do sistema autopoietico do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 94.

<sup>56</sup> *Ibidem*, p. 91.

<sup>57</sup> ESTEVES, João Pissarra. In: LUHMANN, Niklas. **A improbabilidade da comunicação**. Vega: Lisboa, 2006, p. 20.

<sup>58</sup> **A teoria dos sistemas sociais de Niklas Luhmann**. Entrevista com Marcelo Neves. Revista Plural. Sociologia, USP, São Paulo, v. 11, p. 121-133, 2004.

<sup>59</sup> ROCHA, Leonel Severo. **Epistemologia jurídica e democracia**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2005, p. 100.

Por isso, “a pesquisa jurídica deve ser dirigida para uma nova concepção da sociedade centrada no postulado de que o risco é uma das categorias fundamentais para sua compreensão”.<sup>60</sup>

A análise jurídica à luz desta perspectiva sistêmica, em especial no campo dos direitos de grupos, sobre demonstrar sua atualidade na observação da sociedade moderna, representa um rompimento com muitas “verdades sabidas”, provenientes da abordagem desses direitos, realizadas fundamentalmente a partir de enfoques eminentemente dogmáticos, fechado numa ilusão de proeminência do direito para com os demais sistemas sociais, o que nos permite observar o que chamamos de *deficit* coletivo da tutela jurídico-coletiva.

A proposta é a revisão da teoria jurídica numa perspectiva sistêmica que aborde, simultaneamente, os seus aspectos analíticos, hermenêuticos e pragmáticos, sempre e necessariamente em relação com a sociedade,<sup>61</sup> sistema omniabarcador que engloba toda e qualquer espécie de comunicação e que, a partir da *re-entry* da forma sistema-ambiente no sistema da sociedade, passa a conviver com diversos subsistemas parciais que exercem funções sociais específicas e prestações recíprocas entre os subsistemas parciais.

Ainda que nossa intenção não seja adentrar a fundo na enorme rede de conceitos encadeados e interdisciplinares desta complexa teoria, pelos próprios limites temáticos da tese, é conveniente que deixemos mais explícitas algumas de suas premissas e esclareçamos alguns conceitos necessários que utilizaremos no transcorrer de nossas ideias.

Pois bem. É importante dizer que a teoria da sociedade de LUHMANN se desenvolve em três âmbitos teóricos que vão se desenvolvendo paralelamente, mas com interconexões: a teoria dos sistemas, a teoria da comunicação e a teoria da evolução.

O ponto de partida da teoria sistêmica de LUHMANN é a *diferença*, ou seja, o mundo, como infinitude inobservável, é cortado por uma linha divisória: de um lado o sistema e de outro o seu entorno (ambiente). Em outras palavras: a diferença entre identidade e diferença é a *diferença-diretriz* na teoria de LUHMANN, que adquire a

---

<sup>60</sup> ROCHA, Leonel Severo. *Op. cit.*, p. 104.

<sup>61</sup> ROCHA, Leonel Severo. **Epistemologia do direito**: revisitando as três matrizes jurídicas. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito, v. 5, n. 2, p. 141-149, jul.-dez. 2013.

qualidade de um paradigma dominante, pois organiza de tal maneira a superteoria que *todo o processamento de informação se faz conforme o que ela estabelece*.<sup>62</sup>

Onde não houver diferença deixa de existir sistema. Este realiza sempre a experiência de uma diferença,<sup>63</sup> de sorte que não há como existir sistema sem ambiente. O sistema, então, é apenas o lado interno da forma que tem o ambiente como seu lado externo.

A relação do sistema com seu ambiente é de recíproca *autonomia e dependência*, é constitutiva da formação do sistema.<sup>64</sup>

O ambiente é a condição de possibilidade e a restrição do sistema, pois ao mesmo tempo em que o sistema forma sua própria estrutura em reação às irritações provenientes do ambiente (autoirritações), tudo para continuar seu processo autopoiético ou simplesmente deixar de existir, não mantém uma correlação ponto por ponto com seu ambiente,<sup>65</sup> à vista da necessária efetivação da redução da complexidade ambiental, quando será *diferenciado* do ambiente. Assim, o sistema, como complexidade organizada e redutora da complexidade ambiental, não tem como manter uma relação linear com o ambiente, sob pena de a diferença (grau de complexidade) deixar de existir.

O ambiente não tem fronteiras e nem necessita delas. É o *horizonte total de processamento de informação* que se refere além do sistema.<sup>66</sup>

Um sistema é a diferença autoconstituída *entre e por* ele e seu ambiente. É uma sequencialização temporal de operações estruturadas na forma de uma diferença em relação a todos os outros tipos de operações estruturadas que ocorrem no ambiente do sistema, de sorte que cada sistema é ambiente para todos os demais.<sup>67</sup> Em se tratando de sistema social, há tanto o ambiente extrassocial (consciências, sistemas vivos, máquinas) como o intrassocial (sistema organizacional, sistema de interação e subsistemas parciais da sociedade).

---

<sup>62</sup> LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociales**: lineamentos para una teoría general. Trad. Silvia Pappe y Brunhilde Erker. Coord. Javier Torres Nafarrate. Rubí (Barcelona): Anthropos; Mexico: Universidad Iberoamericana; Santafé de Bogotá: CEJA, Pontificia Universidad Javeriana, 1998, p. 34.

<sup>63</sup> LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Mexico: Editorial Herder, 2005, p. 17 e 28.

<sup>64</sup> LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociales**: lineamentos para una teoría general. Trad. Silvia Pappe y Brunhilde Erker. Coord. Javier Torres Nafarrate. Rubí (Barcelona): Anthropos; Mexico: Universidad Iberoamericana; Santafé de Bogotá: CEJA, Pontificia Universidad Javeriana, 1998, p. 172.

<sup>65</sup> LUHMANN, Niklas. **Ecological communication**. The university of Chicago Press, 1989, p. 9-13.

<sup>66</sup> *Ibidem*, p. 22.

<sup>67</sup> SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Op. cit.*, p. 620.

Por outro lado, somente o observador pode distinguir entre sistema e ambiente, bem como somente a ele incumbe a decisão sobre qual sistema interessa observar em determinado momento, mas não tem liberdade para designar qualquer coisa como sistema.

LUHMANN elabora sua teoria a partir da observação, apartando-se de qualquer conotação ontológica.

Nesse sentido, observar não é outra coisa senão realizar *distinções*,<sup>68</sup> porque se exige distinguir o que é observado de todo o mais.

Toda observação é uma operação, no caso, de *indicar* e, ao mesmo tempo, *distinguir* algo. É uma seleção dentre várias possibilidades, o que pressupõe a complexidade que, por seu turno, força à seleção.

Uma distinção é sempre um limite, uma forma de dois lados que caracteriza algo a respeito daquilo sobre o que se distingue.

Cada distinção remete a dois lados: um que fica indicado e outro que fica não indicado, sendo que a unidade da distinção (indicação-distinção) é chamada *forma*.<sup>69</sup>

De acordo com LUHMANN, “todo lo que es susceptible de ser observado obtiene, en virtud de la operación observacional, una forma con dos caras: la indicada y la no indicada”.<sup>70</sup>

Pela teoria da forma,<sup>71</sup> quando se faz uma distinção é feita uma marca que divide o espaço, indicando um dos lados e deixando o outro como *unmarked space*, de modo que o observador fica concentrado em um dos lados e observa o outro, mas é incapaz de observar a distinção com a qual distingue bem como observar a si mesmo observando.

Por exemplo, nas distinções homem-animal, homem-mulher e homem-máquina o homem fica caracterizado como *ser humano*, definido por seu *gênero* e identificado por seu *organismo*, respectivamente,<sup>72</sup> sendo estas as distinções com as quais distingue e que o observador é incapaz de observar.

---

<sup>68</sup> LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociales**: lineamentos para una teoría general. Trad. Silvia Pappe y Brunhilde Erker. Coord. Javier Torres Nafarrate. Rubí (Barcelona): Anthropos; Mexico: Universidad Iberoamericana; Santafé de Bogotá: CEJA, Pontificia Universidad Javeriana, 1998, p. 174.

LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Mexico: Editorial Herder, 2015, p. 79.

<sup>69</sup> NAFARRATE, Javier Torres. **Luhmann e as “formas elementares” da vida social**. Revista Brasileira de Sociologia do Direito, Porto Alegre, AbraSD, v. 2, n. 1, p. 28-36, 2015.

<sup>70</sup> LUHMANN, Niklas. **Complejidad y modernidad**: de la unidad a la diferencia. Edición y traducción de Josexo Berian y José María García Blanco. Madrid: Editorial Trotta, 1998, p. 224.

<sup>71</sup> SPENCER-BROWN, George. **Laws of form**. New York: Dutton, 1979.

<sup>72</sup> MANSILLA, Dario R. *In*: LUHMANN, Niklas. **Organización y decisión**. Mexico: Editorial Herder, 2010, p. 11.

Todavia, o observador pode reintroduzir a distinção feita no lado ocupado pelo observador (operação denominada *re-entry*) e, com isto, o observador pode observar tanto o outro lado *como a distinção que ele realizou*.

Ao colocar o observador em novo espaço, permitindo observar a distinção que foi realizada, a operação de *re-entry* não permite observar a distinção que agora é realizada, pois ninguém pode observar seus próprios olhos observando, de sorte que sempre haverá um *ponto cego* na observação.

Para poder observar este ponto cego de um observador, bem como seus esquemas de distinção, pode-se *observar outro observador observando*, eis a *observação de segunda ordem* ou, como diz DÁRIO RODRIGUEZ MANSILLA, “no puedo ver mis ojos, pero puedo ver como brillan los tuyos mirando el atardecer”.<sup>73</sup>

Pelo cálculo de SPENCER BROWN, o início da operação de observação se dá por uma distinção qualquer (*draw a distinction*), sem necessidade de uma justificação prévia da distinção utilizada, até mesmo porque esta justificação vem só depois do início da operação de realização de uma distinção, que desencadeia todas as demais operações.<sup>74</sup>

O conceito de observação na teoria social de LUHMANN, rompe com a referência ao ser humano, o que é coerente com sua visão libertária do homem (como sistema psíquico e orgânico) ao colocá-lo *no ambiente* da sociedade, o que lhe rendeu severas e injustas críticas como anti-humanista.

Com efeito, o homem não está excluído da teoria dos sistemas autopoieticos. Isto é uma crítica equivocada de quem não entendeu bem a teoria dos sistemas sociais. Pelo contrário: o homem está *no ambiente* da sociedade. É um sistema autônomo que se diferencia da sociedade e, por isto, está no ambiente desta. Sendo assim, ele é condição de possibilidade da própria existência do sistema social. Só existe sistema em um ambiente. Um lado da forma pressupõe o outro lado. Como uma moeda que, necessariamente, possui duas caras, não existe sociedade sem homem porque não existe sistema sem ambiente. Cada ser humano é também um sistema autopoietico que pode se interpenetrar com o sistema social. Os seres humanos são um “entorno especial de los sistemas sociales”.<sup>75</sup>

---

<sup>73</sup> *Idem*.

<sup>74</sup> SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Curso de hermenêutica jurídica contemporânea**: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico. Curitiba: Juruá, 2014, p. 641.

<sup>75</sup> LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociais**: lineamentos para una teoría general. Trad. Silvia Pappe y Brunhilde Erker. Coord. Javier Torres Nafarrate. Rubí (Barcelona): Anthropos; Mexico: Universidad Iberoamericana; Santafé de Bogotá: CEJA, Pontificia Universidad Javeriana, 1998, p. 199.

Com efeito, não há a mínima possibilidade de qualquer ser humano se enquadrar em algum sistema social, pelo simples fato de que sua reprodução, psíquica ou orgânica, jamais pode ser confundida com uma operação social que tem como elemento basal a comunicação, realizada pela sociedade ou qualquer outro (sub)sistema social.<sup>76</sup>

Os sistemas sociais, nesta perspectiva, são ao mesmo tempo não individualistas e não coletivistas, ou seja, “it needs no recourse to individual actors and intentions; at the same time, it does not presuppose the existence of a supra-individual collective entity, [...] ‘conscience collective’”.<sup>77</sup>

Assim, LUHMANN *não padroniza os seres humanos*, chamando-os de humanidade ou outro conceito ideológico do século XVIII. Cada sistema psíquico é uma individualidade para o qual o restante é ambiente.

Pois bem. A diferença sistema-ambiente, a partir da perspectiva do observador, foi possível pela superação da antiga teoria dos sistemas abertos por uma teoria mais complexa que permite falar nos sistemas de *auto-observação*, o que ocorreu com a teoria dos sistemas autorreferenciais, sustentando que a diferenciação dos sistemas só pode ocorrer por meio da autorreferência, ou seja, os sistemas só podem referir-se a si mesmos na constituição de seus elementos e operações, tendo que, pelo menos, ser capazes de utilizar, no interior do sistema, a diferença sistema-ambiente como orientação para o processamento da informação.<sup>78</sup>

Assim, a pergunta pelo observador já não aponta para um sujeito, para um indivíduo responsável pela distinção utilizada no uso operativo das formas, no nosso caso, para um juiz, um advogado, um promotor de justiça ou defensor público, o que significa que podemos renunciar a pretensão de descrever as distinções utilizadas por cada uma das bilhares de consciências individuais do planeta para se concentrar na comunicação *do sistema social* (sociedade) e *seus subsistemas funcionalmente diferenciados*. Afinal, a comunicação “es el ladrillo con el que se construyen los edificios de la vida social”.<sup>79</sup>

---

<sup>76</sup> LUHMANN, Niklas. **Complejidad y modernidad**: de la unidad a la diferencia. Edición y traducción de Joxetxo Berian y José María García Blanco. Madrid: Editorial Trotta, 1998, p. 227.

<sup>77</sup> TEUBNER, Günther. **O direito como sistema autopoietico**. Trad. José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

<sup>78</sup> LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociales**: lineamentos para una teoría general. Trad. Silvia Pappé y Brunhilde Erker. Coord. Javier Torres Nafarrate. Rubí (Barcelona): Anthropos; Mexico: Universidad Iberoamericana; Santafé de Bogotá: CEJA, Pontificia Universidad Javeriana, 1998, p. 33.

<sup>79</sup> MANSILLA, Darío Rodríguez. **Gestión organizacional**: elementos para su estudio. Santiago (Chile): Pontificia Universidad Católica de Chile, 2008, p. 100.

Na teoria de LUHMANN, a dicotomia sujeito-objeto é recolocada: observador-observado. Todavia, não se trata de um observador que limita sua ação à mera passividade, ao simples ato de deixar-se impressionar pelo objeto observado. Observador e observado ficam *integrados no ato criativo do conhecimento*.<sup>80</sup>

Assim, renuncia-se o sujeito e também ao seu outro lado, o objeto, como a base epistemológica da sociedade, substituindo pela *comunicação*,<sup>81</sup> que é a operação *exclusivamente social*.<sup>82</sup>

Sistema e ambiente emergem como produto de uma *mesma operação* que os distingue. A diferença entre ambos é um gradiente de complexidade. O ambiente é sempre mais complexo que o sistema,<sup>83</sup> pois este tem a função justamente de reduzir a complexidade daquele, vez que somente a complexidade pode reduzir complexidade.<sup>84</sup>

Por não haver sistema sem entorno e justamente pelo fato de o ser humano estar *no entorno* do sistema social omniabarcador (sociedade) é que ele desempenha um papel *imprescindível* na teoria sistêmica de LUHMANN.<sup>85</sup>

Nesta moldura, ao mesmo tempo em que LUHMANN se afasta da tradição clássica humanista, colocando o ser humano no ambiente da sociedade, *não retira* sua importância em comparação com a mesma tradição, posto que o ambiente (onde o homem está) é um momento constitutivo da diferença sistema-ambiente e, assim, *não é* menos importante do que o próprio sistema. Sistema e ambiente são as duas caras de uma *mesma forma*.

Com efeito, a teoria dos sistemas sociais autopoieticos, conforme seu próprio autor, poderia receber o título Taking Individuals Seriously, certamente mais seriamente que a tradição humanista.<sup>86</sup> É, pois, uma teoria que liberta o indivíduo!

De acordo com LUHMANN, a diferença tradicional da teoria dos sistemas entre o todo e as partes é substituída pela diferença *sistema e entorno*, sendo que mediante esta

---

<sup>80</sup> MANSILLA, Darío Rodríguez. **Notas a la versión en español**. *apud* LUHMANN, Niklas. LUHMANN, Niklas. Confianza. Mexico: Editorial Anthropos, 2005. p. IX.

<sup>81</sup> SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Curso de hermenêutica jurídica contemporânea**: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico. Curitiba: Juruá, 2014, p. 641.

<sup>82</sup> LUHMANN, Niklas. **Ecological communication**. The university of Chicago Press, 1989, p. 29.

<sup>83</sup> LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociales**: lineamentos para una teoría general. Trad. Silvia Pappé y Brunhilde Erker. Coord. Javier Torres Nafarrate. Rubí (Barcelona): Anthropos; Mexico: Universidad Iberoamericana; Santafé de Bogotá: CEJA, Pontificia Universidad Javeriana, 1998, p. 176.

<sup>84</sup> *Ibidem*, p. 49.

<sup>85</sup> *Ibidem*, p. 13-15.

<sup>86</sup> LUHMANN, Niklas. **Operational closure and structural coupling**: the differentiation of the legal system. *Cardoso Law Review*, 13, 1992, p. 1.422.

reconstrução, que teve como autor proeminente LUDWIG VON BERTALANFFY, tornou-se possível relacionar entre si as teorias orgânicas, a termodinâmica e a evolução.

Desse modo, aquilo que se entendia entre o todo e as partes é reformulado como teoria da diferenciação do sistema, incorporando-se no novo paradigma. A diferenciação não é outra coisa senão a repetição da diferença sistema-entorno dentro do sistema<sup>87</sup> (*re-entry*).

Agrega-se, então, à teoria dos sistemas, as contribuições da teoria dos sistemas autorreferenciais. O entorno do sistema é um correlato necessário para as operações autorreferenciais, pois esta autoprodução não pode ser levada a cabo sob a premissa do solipsismo,<sup>88</sup> de modo que clausura operacional não é sinônimo de isolamento, de solipsismo sistêmico, ou seja, o fechamento pressupõe a abertura.

Assim, diferenciar-se como sistema, produzindo e reproduzindo elementos e remetendo-os à rede de suas próprias operações (clausura operativa), não significa isolar-se,<sup>89</sup> não significa não se comunicar com o mundo circundante, mas se constituir em uma esfera dotada de autonomia, de forma que os processos seletivos, no recebimento das informações que venham de fora, possam ser controlados *pelo próprio sistema*.<sup>90</sup>

Sistemas autorreferenciais, portanto, são aqueles que têm a capacidade de estabelecer relações consigo mesmo e de diferenciar essas relações frente àquelas de seu entorno.<sup>91</sup>

Assim, a clássica distinção entre sistemas fechados e abertos é substituída pela questão de *como o fechamento autorreferencial pode produzir abertura*.<sup>92</sup>

Distingue-se a diferença sistema-entorno não apenas a partir da perspectiva de um observador, mas no próprio sistema. De sorte que o observador é pensado como um sistema autorreferencial, revolucionando a epistemologia clássica de sujeito-objeto,<sup>93</sup> não

---

<sup>87</sup> LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociais**: lineamentos para una teoría general. Trad. Silvia Pappe y Brunhilde Erker. Coord. Javier Torres Nafarrate. Rubí (Barcelona): Anthropos; Mexico: Universidad Iberoamericana; Santafé de Bogotá: CEJA, Pontificia Universidad Javeriana, 1998, p. 42.

<sup>88</sup> *Ibidem*, p. 33.

<sup>89</sup> LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Mexico: Editorial Herder, 2005, p. 99.

<sup>90</sup> FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Teoria geral do direito** – Sistema jurídico e teoria geral dos sistemas. Curso de extensão universitária em direito. São Paulo, mar.-jun. 1973, p. 22.

<sup>91</sup> LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociais**: lineamentos para una teoría general. Trad. Silvia Pappe y Brunhilde Erker. Coord. Javier Torres Nafarrate. Rubí (Barcelona): Anthropos; Mexico: Universidad Iberoamericana; Santafé de Bogotá: CEJA, Pontificia Universidad Javeriana, 1998, p. 38.

<sup>92</sup> *Ibidem*, p. 33.

<sup>93</sup> *Ibidem*, p. 34.

necessitando mais se utilizar do conceito de sujeito, pois qualquer diferença construída assim a será *pele próprio sistema*, não podendo provir do ambiente.<sup>94</sup>

Nesse ponto, há uma importante diferença entre HABEMAS e LUHMANN, pois, de acordo com GÜNTHER TEUBNER, na teoria luhmanniana a construção social da realidade é radicalmente separada da construção psíquica da realidade, enquanto em HABERMAS o conceito de intersubjetividade mixa comunicação e consciência. Todavia, TEUBNER ressalta que os indivíduos reaparecem no mundo da comunicação, elemento basal dos sistemas sociais, mas apenas como *semantic artifacts*, sem correspondência a consciências, aos processos psíquicos autopoieticos do mundo psíquico.<sup>95</sup>

A teoria dos sistemas autorreferenciais sobrepasa a teoria causal, considerando a causalidade (como as deduções lógicas de qualquer tipo) como uma maneira de organização autorreferente.

A elaboração desta teoria, que inclui a diferença sistema-ambiente da teoria geral dos sistemas abertos, torna necessária uma nova diferença-diretriz, quer seja a diferença entre identidade e diferença, pois a autorreferência só pode se realizar nas operações do sistema se por si mesma identifica um si mesmo e o identifica como diferente frente a um outro.<sup>96</sup>

Os sistemas se constituem e se mantêm mediante a criação e a conservação da *diferença com seu entorno*.

Além disso, os sistemas utilizam seus limites para regular esta diferença, por isto que a conservação dos limites (*boundary maintenance*) é a conservação do sistema.<sup>97</sup>

Os limites desempenham uma dupla função: separação e unificação entre sistema e ambiente, o que fica evidente por meio da distinção entre elemento e relação, de modo que, quando os limites estão definidos com exatidão, os elementos devem se atribuir ao sistema ou ao ambiente, enquanto as relações podem ocorrer entre sistema e ambiente. Assim, um limite separa elementos, mas não necessariamente relações.

Isto é muito importante e nos faz retomar o paradoxo da abertura no fechamento, porque através dos limites os sistemas podem se abrir ou fechar, na medida em que

---

<sup>94</sup> *Ibidem*, p. 51.

<sup>95</sup> TEUBNER, Günther. **O direito como sistema autopoietico**. Trad. José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 727-757.

<sup>96</sup> LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociais: lineamentos para una teoría general**. Trad. Silvia Pappe y Brunhilde Erker. Coord. Javier Torres Nafarrate. Rubí (Barcelona): Anthropos; Mexico: Universidad Iberoamericana; Santafé de Bogotá: CEJA, Pontificia Universidad Javeriana, 1998, p. 34.

<sup>97</sup> *Ibidem*, p. 40.

separam as interdependências internas das interdependências entre sistema e ambiente. Nesse sentido, LUHMANN afirma que os limites são *aquisições evolutivas por excelência*.<sup>98</sup>

A determinação dos limites é o requisito mais importante da diferenciação dos sistemas.<sup>99</sup>

Assim, os sistemas surgem na redução da complexidade do ambiente, sempre mais complexo que aqueles, de sorte que a complexidade não é um perigo nem uma dificuldade para o sistema, mas sua *condição de possibilidade*.<sup>100</sup> Aqui, claramente, observa-se a autonomia e a dependência do sistema em relação ao seu ambiente.

A redução da complexidade é realizada por operações seletivas *do e no* sistema. A seletividade não carece de um sujeito, sendo uma operação sistêmica resultante de uma diferença. Esta não determina aquilo que de que ser selecionado, mas apenas a *necessidade de selecionar*.<sup>101</sup> A complexidade gera seleção forçada que, por seu turno, é sempre contingente.

Nesse sentido, existe mesmo uma certa esquizofrenia na observação do sistema: eles observam-se a si mesmo (autorreferência) e também observam o ambiente (heterorreferência) como condição de possibilidade da manutenção da sua identidade sistêmica diante do ambiente.

A identidade passa a ser um conceito paradoxal, pois *só é possível, paradoxalmente, a partir da diferença*.<sup>102</sup>

Sigamos avante nesta teia conceitual da teoria luhmanniana.

A relação entre sistema e ambiente, a partir do paradigma sistema-ambiente introduzida pela teoria dos sistemas abertos (Bertalanffy), era explicada segundo o esquema *input-output*, de modo que as operações de cada sistema eram consideradas abertas ao ambiente e o que mantinha no tempo o sistema era a sua estrutura.

Para esta vertente sistêmica, um sistema desempenha uma função específica como *output* e, ao mesmo tempo, recebe (*input*) interferências das funções dos demais sistemas. Uma relação de *integração sistêmica*.<sup>103</sup>

<sup>98</sup> *Ibidem*, p. 54.

<sup>99</sup> *Ibidem*, p. 52.

<sup>100</sup> LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Mexico: Editorial Herder, 2005, p. 29.

<sup>101</sup> LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociales**: lineamentos para una teoría general. Trad. Silvia Pappe y Brunhilde Erker. Coord. Javier Torres Nafarrate. Rubí (Barcelona): Anthropos; Mexico: Universidad Iberoamericana; Santafé de Bogotá: CEJA, Pontificia Universidad Javeriana, 1998, p. 51.

<sup>102</sup> SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Curso de hermenêutica jurídica contemporânea**: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico. Curitiba: Juruá, 2014, p. 624-625.

<sup>103</sup> *Ibidem*, p. 621.

Como visto, isto foi alterado por LUHMANN quando desenvolveu, na teoria dos sistemas sociais, os conceitos que estavam sendo trabalhados nas ciências cognitivas (autorreferência), substituindo a diferença entre sistemas abertos e fechados pela diferença autorreferência e heterorreferência, na qual é possível transformar os *outputs* dos sistemas em seus próprios *inputs*. Esta mudança reforçou a identidade de cada sistema, exatamente por considerar imprescindível a passagem do *input* ambiental pelo filtro específico do sistema.

Sistemas autorreferenciais são esses sistemas, como o direito, que transformam as suas próprias informações em novas informações para gerar novas informações,<sup>104</sup> num circular e dinâmico processamento de informações combinatórias entre auto e heterorreferência, confirmando a cada operação sua identidade sistêmica a partir da diferença com o ambiente (outros sistemas).

Isto mostra que, enquanto na perspectiva dos sistemas abertos as estruturas são *imutáveis* – verdadeira condição de manutenção do sistema –, para a teoria dos sistemas autorreferenciais as estruturas não apenas possibilitam o encadeamento das operações, mas também são constituídas pelas próprias operações, sendo apenas a *memória do sistema*.<sup>105</sup>

O conceito de estrutura em LUHMANN não está atrelado a ideias tradicionais (relação entre parte e todo) ou a uma concepção ontológica. Não há qualquer proeminência deste conceito, deixando de ostentar qualquer forma de rigidez.<sup>106</sup>

Importante é perceber que a concepção teórica de LUHMANN “propõe em primeiro lugar o aparecimento de uma demanda funcional voltada à solução de problemas emergentes da sociedade, em torno da qual se forma uma estrutura sistêmica especializada para fazer face a essa demanda. Em outros termos, é a função que determina a mudança ou a preservação de estruturas, dando um caráter dinâmico ao projeto teórico luhmanniano”.<sup>107</sup>

Desta forma, o acento luhmanniano, ao contrário do que é feito no estruturalismo funcional de TALCOTT PARSONS, é posto na *função* do sistema, daí que seu funcional-estruturalismo se centra na ideia de que *a função antecede à estrutura*.<sup>108</sup>

---

<sup>104</sup> *Ibidem*, p. 621.

<sup>105</sup> *Ibidem*, p. 622.

<sup>106</sup> VIANA, Ulisses Schwarz. **Direito e justiça em Niklas Luhmann**: complexidade e contingência no sistema jurídico. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2015, p. 33.

<sup>107</sup> *Ibidem*, p. 38.

<sup>108</sup> MANSILLA, Darío Rodríguez. *In*: LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Mexico: Editorial Herder, 2005, p. XII-XII.

Conforme pontuam GUILHERME LEITE GONÇALVES e JOÃO PAULO BACHUR,

a teoria dos sistemas sociais é construída de maneira radicalmente funcionalista (i.e., não substancializada: não se trata de identificar as características essenciais dos sistemas – não há uma essência da política, da economia, do direito, mas apenas funções econômicas, políticas, jurídicas etc. desempenhadas comunicativamente.<sup>109</sup>

Nesta moldura, as funções dos sistemas são concebidas “como processos dinâmicos, mas não nos moldes da teoria dos sistemas abertos, desenvolvida desde Ludwig Von Bertalanffy, e, sim, nos termos da teoria dos sistemas autorreferentes, superando a perspectiva sistêmica calcada nos conceitos *input* e *output*”.<sup>110</sup>

Aliás, no geral, as críticas à teoria dos sistemas não fazem distinção das diversas concepções sistêmicas que surgiram desde a teoria geral dos sistemas abertos até a teoria dos sistemas autopoieticos de LUHMANN, dando a entender que sua teoria concebe o sistema jurídico como fechado quando, para ser bom, ele teria de ser aberto.<sup>111</sup>

Esta mudança radical de paradigma permitiu a observação de que um sistema não é nem apenas fechado e nem apenas aberto, mas *simultaneamente* fechado e aberto, referindo-se necessariamente ao mesmo tempo a si mesmo (autorreferência) e ao ambiente (heterorreferência).

Desse modo, a diferença sistema-ambiente da teoria geral dos sistemas abertos, mantida por LUHMANN, agora fica duplicada pela diferença entre autorreferência e heterorreferência, tornando-se *reflexiva*, ou seja, aplicada a si mesma, o que gera importantes mudanças:

- a) a relação entre sistema e ambiente não é mais vista como uma relação de adaptação do sistema ao ambiente, posto que cada sistema autorreferencial também é ambiente (no caso, para outros sistemas) e por isso *teria de se adaptar a si mesmo ao se adaptar ao ambiente*. Somente no interior de cada um dos sistemas o ambiente ganha sentido, sendo este sentido diferente, conforme a referência que o sistema estabelece em suas operações;

---

<sup>109</sup> GONÇALVES, Guilherme Leite; BACHUR, João Paulo. **O direito na sociologia de Niklas Luhmann**. In: SILVA, Felipe Gonçalves; RODRIGUEZ, José Rodrigo (Coords.). Manual de sociologia jurídica. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 115.

<sup>110</sup> STAMFORD DA SILVA, Artur. **A decisão judicial**: dogmatismo e empirismo. Curitiba: Juruá, 2000, p. 68-69.

<sup>111</sup> Normatividade e fundamentação material do direito na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann: o problema da normatividade implícita na dimensão construtivista da observação de segunda ordem. In: BARRETTO, Vicente de Paulo; DUARTE, Francisco Carlos; SCHWARTZ, Germano (Orgs.). **Direito da sociedade policontextural**. Curitiba: Appris, 2013, p. 317.

- b) a incompatibilidade de relações hierárquicas entre sistemas, pois, em razão da autorreferência, cada sistema constrói um sentido próprio do ambiente, não havendo preponderâncias entre essas construções simultâneas. Isto desloca a observação de hierarquias para a observação *de múltiplas realidades construídas por cada sistema para um mesmo evento social*;
- c) substituição das explicações causais pela observação das relações de distribuição sistêmica das atribuições (seletividades) de causas pelo próprio sistema, ou seja, *as causalidades agora são seletivamente imputadas por cada um dos sistemas, não havendo causalidade fora do sistema*.<sup>112</sup>

Mas ainda havia uma questão problemática para a teoria dos sistemas autorreferenciais: a explicação do início e do fim de um sistema que opera com base em suas próprias operações.

A solução desse problema veio com o conceito de autopoiese (autoprodução-autocriação), concebido originariamente na teoria biológica dos chilenos Maturana e Varela, ao tentar dar uma definição para a organização dos organismos vivos. A ideia da autopoiese nada mais é que “romper com a tradição segundo a qual a conservação e a evolução da espécie seriam condicionadas basicamente pelos fatores do ambiente”.<sup>113</sup>

O que Luhmann fez foi transpor esta ideia, com adaptações (*transdisciplinariedade*), para os sistemas sociais, explicando como eles se produzem. A concepção luhmanniana afasta-se do modelo biológico “na medida em que nela se distinguem os sistemas constituintes de sentido (psíquicos e sociais) dos sistemas não constituintes de sentido (orgânicos e neurofisiológicos).<sup>114</sup>

Em Luhmann, a autopoiese surge em um contexto próprio e transdisciplinar, diferente daquele em que o termo foi cunhado (baseado em um modelo biológico, de sistemas vivos), o que tornaria incorreta qualquer analogia direta ou uso metafórico do termo para as ciências sociais.<sup>115</sup>

Assim, enquanto no âmbito biológico se aplica exclusivamente para os sistemas vivos, Luhmann vai ampliar a importância do conceito ao considerar que se individualiza um sistema autopoietico em todos os casos nos quais houver possibilidade de

---

<sup>112</sup> SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Curso de hermenêutica jurídica contemporânea**: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico. Curitiba: Juruá, 2014, p. 625-629.

<sup>113</sup> NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2013, p. 128.

<sup>114</sup> *Idem*.

<sup>115</sup> VIANA, Ulisses Schwarz. **Direito e justiça em Niklas Luhmann**: complexidade e contingência no sistema jurídico. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2015, p. 47-49.

individualizar um modo específico de operação que se realiza somente no interior do sistema, individualizando-se dois níveis de constituição de sistemas autopoieticos, cada um caracterizado por operações específicas: sistemas sociais e sistemas psíquicos.<sup>116</sup>

De acordo com MARIO LOSANO:<sup>117</sup>

Um sistema autopoietico é um sistema fechado e recursivo, porque ‘aquilo que nele exerce a função de unidade não pode ser recebido de fora’; um princípio que sem dúvida seria endossado também por Kelsen. Mas o sistema autopoietico e autorreferencial não é apenas fechado: é *também* aberto. De fato, os elementos que se autodefinem no interior do sistema têm a função de selecionar os elementos do ambiente a serem importados para o próprio sistema, ou seja, desempenham a função de reduzir a complexidade do ambiente.

A autopoiese não é uma explicação, mas um *modo de operar*, e supõe que os sistemas estão constituídos como uma rede de produção de componentes que, ao operar, produz os componentes que a compõem.<sup>118</sup>

A reprodução autopoietica depende de uma *homogeneidade suficiente* de operações que irá definir a unidade de uma tipologia determinante do sistema.<sup>119</sup>

No caso dos sistemas sociais, por exemplo, o caráter autopoietico é mantido “enquanto se referem simultaneamente a si mesmos (para dentro) e ao seu ambiente (para fora), operando internamente com a diferença fundamental entre sistema e ambiente”.<sup>120</sup>

A autopoiese é um conceito que cria uma diferença entre identidade e diferença, permitindo identificar quais operações se conectam com a identidade e quais se conectam com a diferença.

Pela diferença elementar produzida pelo conceito de autopoiese, ficam separadas as operações do sistema (identidade) de todas as outras operações (diferença).

Nesta moldura, existem máquinas, sistemas químicos, sistemas vivos, sistemas conscientes, sistemas racional-comunicativos (sociais), mas não existem unidades de

---

<sup>116</sup> CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Claudio. **Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann**. Tradução de Miguel Romero Perez e Carlos Villalobos, sob a direção de Javier Torres Nafarrate. Editorial Anthropos, 1996, p. 31-34.

<sup>117</sup> LOSANO, Mario G. **Sistema e estrutura no direito**. v. 3. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 401-402.

<sup>118</sup> MANSILLA, Darío Rodríguez. In: LUHMANN, Niklas. **Organización y decisión**. Mexico: Editorial Herder, 2010, p. 13.

<sup>119</sup> LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociales**: lineamentos para una teoría general. Trad. Silvia Pappe y Brunhilde Erker. Coord. Javier Torres Nafarrate. Rubí (Barcelona): Anthropos; Mexico: Universidad Iberoamericana; Santafé de Bogotá: CEJA, Pontificia Universidad Javeriana, 1998, p. 61.

<sup>120</sup> NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2013, p. 129.

sistemas que incluem todos. A pergunta central, portanto, é quais são os componentes de um sistema que se entende como autopoietico? Afinal, a teoria geral dos sistemas autopoieticos exige que se indique com exatidão a operação que leva a cabo a autopoiese do sistema, delimitando seu ambiente. A resposta, no caso dos sistemas sociais, que é o que nos interessa mais de perto, é a *comunicação*.<sup>121</sup>

As operações de um sistema social são as comunicações, não havendo comunicação fora de um sistema social.

Nas palavras de JAVIER TORRES NAFARRATE, “tudo o que existe e possa designar como social consta, desde o ponto de vista de uma construção teórica que se funda na operação, de um mesmo impulso e de um mesmo tipo de acontecimento: a comunicação”.<sup>123</sup>

Para LUHMANN, a sociedade é o sistema mais abrangente de comunicação significativa, ou seja, o *sistema social omniabarcador*,<sup>124</sup> sendo a comunicação a operação exclusiva e genuinamente social (porque pressupõe o concurso de um grande número de sistemas de consciência, mas, justamente por isso, não pode atribuir a unidade a nenhuma consciência individual<sup>125</sup>) e seu único modo de observar. Mesmo o sistema de interação e o sistema de organização, outros dois sistemas sociais identificados por LUHMANN, estão dentro do sistema social omniabarcador que é a sociedade, diferenciando apenas no que tange à especificidade da autopoiese comunicativa (interação entre presentes) ou do tipo específico de comunicação (decisões das organizações).

Os pensamentos dos sistemas psíquicos pertencem ao ambiente da sociedade, o que não quer dizer que as consciências humanas e as vidas humanas não sejam condições indispensáveis para que ocorra a comunicação social, mas apenas que os pensamentos não são comunicações.<sup>126</sup> Aqui, mais uma vez, vale a distinção sistema-ambiente e a imprescindibilidade do ambiente para a construção do sistema.

O conceito luhmanniano de comunicação é bastante peculiar.

---

<sup>121</sup> LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Mexico: Editorial Herder, 2007, p. 57.

<sup>123</sup> NAFARRATE, Javier Torres. **Luhmann e as “formas elementares” da vida social**. Revista Brasileira de Sociologia do Direito, Porto Alegre, AbraSD, v. 2, n. 1, p. 28-36, 2015, In: Luhmann e as “formas elementares”...p. 31.

<sup>124</sup> LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Mexico: Editorial Herder, 2007, p. 63.

<sup>125</sup> *Ibidem*, p. 57.

<sup>126</sup> LUHMANN, Niklas. **Ecological communication**. The university of Chicago Press, 1989, p. 28-29.

Seu primeiro objetivo é que a comunicação tenha uma imagem destituída das habituais referências ontológicas e antropologizantes.<sup>127</sup>

Com efeito, LUHMANN rechaça a metáfora da transferência, trazida pelas ciências físicas e da natureza<sup>128</sup> – aliás, já descartada pelas primeiras teorias da informação – e afasta a ideia de comunicação como transferência de informações, relatos ou unidades significantes, de um lado para o outro, como *algo* que se transfere de um para outro. Nesse sentido comum, diz-se que a comunicação transmite notícias ou informação de um emissor para um receptor.<sup>129</sup>

Nesta linha, CIRO MARCONDES FILHO afirma que

a comunicação, portanto, não pode ser vista como transmissão, deslocamento, transferência, como se fosse um objeto que eu pegasse de um lado e pusesse em outro [...]; como se fosse possível eu retirar uma ideia, uma sensação, uma impressão, um sentimento de dentro de mim e abrir a cabeça da outra pessoa para colocá-lo lá dentro. Não dá.<sup>130</sup>

Para o autor, “o equívoco das teorias de transmissão estaria no excesso de ontologia nelas embutido, ao se pressupor que a informação que se transmite é a mesma que se recebe”.<sup>131</sup>

Além disso, a sociedade é um sistema social constituído exclusivamente por comunicações que, muito embora só ocorram através de uma ligação contínua entre os sistemas conscientes (psíquicos), a reprodução contínua da comunicação através da comunicação (autopoiese) é especificada e condicionada *na sua própria rede*, independentemente do que ocorre nas mentes dos sistemas psíquicos.<sup>132</sup>

De acordo com JAVIER TORRES NAFARRATE,

a sociedade é composta tão só por formas de comunicação. Dentro destas formas não há nada material, nada orgânico, nada do ser humano. A

---

<sup>127</sup> ESTEVES, João Pissarra. Uma apresentação. In: LUHMANN, Niklas. **A improbabilidade da comunicação**. Lisboa: Vega, 2006, p. 22.

<sup>128</sup> MARCONDES FILHO, Ciro. **Para entender a comunicação**: contatos antecipados com a nova teoria. São Paulo: Paulus, 2008, p. 15.

<sup>129</sup> LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociais**: lineamentos para una teoría general. Trad. Silvia Pappe y Brunhilde Erker. Coord. Javier Torres Nafarrate. Rubí (Barcelona): Anthropos; Mexico: Universidad Iberoamericana; Santafé de Bogotá: CEJA, Pontificia Universidad Javeriana, 1998, p. 141-142.

<sup>130</sup> MARCONDES FILHO, Ciro. **Para entender a comunicação**: contatos antecipados com a nova teoria. São Paulo: Paulus, 2008, p. 15.

<sup>131</sup> *Ibidem*, p. 20.

<sup>132</sup> LUHMANN, Niklas. **A improbabilidade da comunicação**. Vega: Lisboa, 2006, p. 71.

sociedade é tão só a forma. [...] um dinamismo formal entre o atual e o possível. [...] A sociedade não tem realidade ontológica própria; não é mais que uma abstração formal e que existe só como símbolo entre os seres humanos.<sup>133</sup>

Para LUHMANN, a comunicação é a criação de uma realidade emergente, nomeadamente da sociedade, que, por seu lado, assenta na reprodução contínua da comunicação pela comunicação.<sup>134</sup>

Na perspectiva luhmanniana, a comunicação é a síntese de *três seleções*:<sup>135</sup> informação, ato de comunicar e ato de entender (compreensão), de sorte que a comunicação se realiza quando e até onde gera compreensão.

Assim, temos uma tríade seletiva compondo a comunicação: informação, ato de emitir e compreensão.

Vê-se que nesta proposta não se ignora o receptor que, necessariamente, também participa do processo de comunicação, efetuando a terceira seleção, muito embora ainda exista uma quarta seleção (aceitação ou rechaço da informação), que está fora da unidade de uma comunicação elementar.<sup>136</sup>

O processo comunicativo se inicia, então, com uma *informação*. Na sequência, esta informação é *exteriorizada*, ou seja, dada a conhecer, ocasião em que o emissor seleciona um *meio* para dá-la a conhecer. Num terceiro momento, o receptor entende a emissão como uma emissão de informação, ocasião em que se implementa a comunicação.<sup>137</sup>

Há, pois, uma série de dificuldades que a comunicação deve superar para poder chegar a se produzir. Nesse sentido, a comunicação é improvável.

Em verdade, ela é triplamente improvável, pois a improbabilidade existe *em cada uma das três seleções*: é improvável que alguém compreenda o que o outro quer dizer, pois o sentido só se pode entender em função do contexto, e para cada um o contexto é, basicamente, o que a sua memória lhe faculta (*improbabilidade de entendimento*); é improvável que a comunicação chegue a mais pessoas do que as que se encontram

---

<sup>133</sup> NAFARRATE, Javier Torres. **Luhmann e as “formas elementares” da vida social**. Revista Brasileira de Sociologia do Direito, Porto Alegre, AbraSD, v. 2, n. 1, p. 28-36, 2015.

<sup>134</sup> LUHMANN, Niklas. **A improbabilidade da comunicação**. Vega: Lisboa, 2006, p. 71.

<sup>135</sup> LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociais: lineamentos para una teoría general**. Trad. Silvia Pappe y Brunhilde Erker. Coord. Javier Torres Nafarrate. Rubí (Barcelona): Anthropos; Mexico: Universidad Iberoamericana; Santafé de Bogotá: CEJA, Pontificia Universidad Javeriana, 1998, p. 143.

<sup>136</sup> *Ibidem*, p. 148.

<sup>137</sup> SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Curso de hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico**. Curitiba: Juruá, 2014, p. 656-659.

presentes numa situação dada (*improbabilidade de acessibilidade*); é improvável que se obtenha o resultado desejado, pois sequer a compreensão da comunicação garante que ela tenha sido também aceita, ou seja, o receptor adotando o conteúdo seletivo da informação (*improbabilidade da aceitação do sentido da informação emitida*).<sup>138</sup>

Para transformar a comunicação improvável em provável, LUHMANN se vale do conceito de *meios* (distinção meio-forma).

Assim, quando a comunicação deixa de ser vista como transferência de informação e passa a ser vista como *processamento* de informação, a distinção meio-forma é pressuposta, pois a comunicação passa a ser vista como processamento de informação *em um meio* através do qual as formas são continuamente criadas e dissolvidas, ou seja, o estado do meio é continuamente *modificado*.<sup>139</sup>

Em correspondência às três classes de improbabilidades da comunicação, LUHMANN diferencia três diferentes meios: a *linguagem*, para as improbabilidades de entendimento, intensificando a compreensão da comunicação para além do perceptível; a *difusão*, para improbabilidade de acessibilidade, haja vista uma expansão imensa da amplitude do processo comunicacional, permitindo a comunicação para além do sistema de interação (interações presenciais; face a face), o que teve início após a invenção da escrita; *meios de comunicação simbolicamente generalizados*, para as improbabilidades de aceitação do sentido da informação emitida<sup>140</sup>, como por exemplo a verdade científica, o amor, o direito, o dinheiro, o poder, a arte, os “valores básicos” civilizatoriamente estandardizados.<sup>141</sup>

Um meio não funciona sem os outros, de modo que tanto a linguagem quanto os meios de difusão e de comunicação simbolicamente generalizados são imprescindíveis para a comunicação. Há uma *mútua dependência* entre eles, fundamentando e aumentando os rendimentos do processo informativo que pode aportar a comunicação social.<sup>142</sup>

Pois bem. O surgimento de sistemas sociais diferenciados (especializados comunicativamente) voltados à redução da crescente complexidade social ocorreu

---

<sup>138</sup> LUHMANN, Niklas. **A improbabilidade da comunicação**. Vega: Lisboa, 2006, p. 41-43.

<sup>139</sup> *Ibidem*, p. 73.

<sup>140</sup> CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Claudio. **Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann**. Tradução de Miguel Romero Perez e Carlos Villalobos, sob a direção de Javier Torres Nafarrate. Editorial Anthropos, 1996, p. 106.

<sup>141</sup> LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociales**: lineamentos para una teoría general. Trad. Silvia Pappe y Brunhilde Erker. Coord. Javier Torres Nafarrate. Rubí (Barcelona): Anthropos; Mexico: Universidad Iberoamericana; Santafé de Bogotá: CEJA, Pontificia Universidad Javeriana, 1998, p. 158-159.

<sup>142</sup> *Ibidem*, p. 160.

exatamente em razão da multiformidade e segmentariedade das informações que passaram a constituir tema de comunicação na sociedade moderna.<sup>143</sup>

Assim, os processos diferenciados de comunicação conduzem à *diferenciação funcional da sociedade*,<sup>144</sup> ou seja, repete-se a diferenciação sistema-ambiente no lado sistema, formando-se sistemas dentro de sistemas, de modo que o sistema social global (a sociedade, omniabarcando todas as comunicações) adquire a função de “entorno interno” (intrassocial) para os subsistemas parciais sociais (economia, política, direito, arte, religião, família, ciência, educação etc.), sendo duplicada a diferença sistema-ambiente.<sup>145</sup>

Conforme esclarece ULISSES SCHWARZ VIANA:<sup>146</sup>

Estes subsistemas ou sistemas de função diferenciados se constroem funcional-estruturalmente, ou seja, como núcleos comunicativos que por meio de seus códigos simbólico-comunicativos regulam a direção e o alcance dos processos de comunicação social, como mecanismo de redução da complexidade do ambiente por meio do estabelecimento de estruturas sistêmicas aptas a lidar com a necessidade de generalização das expectativas sociais que necessitam se estabilizadas. [...] A sociedade passa a ser vista como uma unidade paradoxalmente baseada na diferenciação sistêmica, como um grande sistema comunicativo que se forma em torno de núcleos diferenciados de comunicação (especializada) [...] que dão origem aos subsistemas sociais.

A diferenciação funcional da sociedade moderna requer capacidade para diferenciar e integrar *autorreflexão, função e prestação* de cada sistema, respectivamente, o passado, o presente e o futuro.<sup>147</sup>

A *função* dos sistemas na visão de LUHMANN surge como uma consequência da diferenciação social, em que a sociedade deixa de ostentar um centro, uma referência unificadora de todos os sentidos e passa a tratar e processar a busca de soluções

---

<sup>143</sup> VIANA, Ulisses Schwarz. **Direito e justiça em Niklas Luhmann**: complexidade e contingência no sistema jurídico. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2015, p. 51.

<sup>144</sup> Para Luhmann, trata-se do último produto da evolução sociocultural.

LUHMANN, Niklas. **Complejidad y modernidad**: de la unidad a la diferencia. Edición y traducción de Joxe Berian y José María García Blanco. Madrid: Editorial Trotta, 1998, p. 79.

<sup>145</sup> LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociales**: lineamentos para una teoría general. Trad. Silvia Pappé y Brunhilde Erker. Coord. Javier Torres Nafarrate. Rubí (Barcelona): Anthropos; Mexico: Universidad Iberoamericana; Santafé de Bogotá: CEJA, Pontificia Universidad Javeriana, 1998, p. 40.

<sup>146</sup> VIANA, Ulisses Schwarz. **Direito e justiça em Niklas Luhmann**: complexidade e contingência no sistema jurídico. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2015, p. 39, 40 e 42.

<sup>147</sup> LUHMANN, Niklas **Complejidad y modernidad**: de la unidad a la diferencia. Edición y traducción de Joxe Berian y José María García Blanco. Madrid: Editorial Trotta, 1998, p. 82.

emergentes por meio de seus sistemas parciais,<sup>148</sup> cada qual tendo uma racionalidade própria, uma perspectiva única e distinta, sem qualquer sobreposição ou hierarquia entre eles, ou seja, uma sociedade *policontextural*<sup>149</sup> que permite uma multiplicidade de descrições produzidas, simultânea e autopoieticamente, por cada um dos subsistemas sociais funcionalmente diferenciados, sem qualquer primazia.

A ideia de formas de diferenciação está ligada ao modo de coordenação, em um sistema total, da relação dos sistemas parciais em si.

A sociedade passou por diversas formas de diferenciação (diferenciação segmentária; diferenciação centro e periferia; diferenciação estratificada) até alcançar a diferenciação *funcional* – própria da sociedade moderna –, caracterizada tanto pela desigualdade como pela igualdade dos sistemas parciais, pois os sistemas de funções são iguais em suas desigualdades,<sup>150</sup> de sorte que “los subsistemas funciones [...] tienen que ser iguales, pero sus entornos asociados tienen que ser tratados como entornos iguales, porque nada sino la función puede justificar la discriminación”.<sup>151</sup>

Desse modo, cada sistema de função ou subsistema social constitui um ambiente interno e distinto da sociedade, precisamente porque cada sistema funcional está diferenciado para cumprir com uma *única função específica, indelegável e inexequível por outro sistema*.

Sobre o primado da função, os sistemas funcionais alcançam a clausura operativa e formam sistemas autopoieticos no interior do sistema autopoietico da sociedade.<sup>152</sup>

Seguindo a lição de ULISSES SCHAWARTZ VIANA,

a sociedade deixa de ser tanto uma associação de homens, no contratualismo (Hobbes; Spinoza; Pufendorf; Locke; Rousseau), quanto uma estrutura orgânica (Spencer), em que se parte de uma perspectiva de todo e partes (Teile und Ganz). A sociedade não é mais, para LUHMANN, um todo ontologicamente estabelecido, mas que a sociedade se realiza por meio de seus sistemas comunicativos funcionalmente especializados.<sup>153</sup>

---

<sup>148</sup> VIANA, Ulisses Schwarz. **Direito e justiça em Niklas Luhmann**: complexidade e contingência no sistema jurídico. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2015, p. 37.

<sup>149</sup> LUHMANN, Niklas. **Organización y decisión**. Mexico: Editorial Herder, 2010, p. 66.

<sup>150</sup> LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Mexico: Editorial Herder, 2007, p. 482, 485 e 486.

<sup>151</sup> LUHMANN, Niklas. **Complejidad y modernidad**: de la unidad a la diferencia. Edición y traducción de Jostxo Berian y José María García Blanco. Madrid: Editorial Trotta, 1998, p. 79.

<sup>152</sup> LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Mexico: Editorial Herder, 2007, p. 591 e 592.

<sup>153</sup> VIANA, Ulisses Schwarz. **Direito e justiça em Niklas Luhmann**: complexidade e contingência no sistema jurídico. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2015, p. 151.

De acordo com RAFAEL LAZZAROTTO SIMIONI,<sup>154</sup> “a função é aquilo que só o sistema – e nenhum outro – pode desempenhar para a sociedade como um todo. [...] A pergunta pela função deve ser feita no singular: para que tipo de problema a sociedade seleciona o sistema em questão – e não outro – como solução?”.

A função de cada um dos subsistemas parciais é especializada em torno de um código binário de comunicação e que tomam por base a diferenciação sistema-ambiente.

Conforme ULISSES SCHWARZ VIANA:<sup>155</sup>

Os sistemas funcionais (diferenciação sistêmica) se estabelecem diante da necessidade de processar e filtrar as informações existentes esparsamente no ambiente para, com esse processamento, reduzir as cargas de informação de infinitas para finitas. Os subsistemas sociais como núcleos reflexivos de tais informações, emergem como núcleos de sentido (*Sinn*), nos quais se produz o encadeamento de comunicações anteriores com a produção de novas comunicações.

O sentido, na concepção luhmanniana, emerge como um produto das próprias operações que o utilizam. Trata-se de uma construção interna de cada sistema, produzida *no e pelo* sistema, exatamente como resultado do processo seletivo de informações do ambiente aptas a causar (auto)irritação nas operações do sistema. É mais uma evidência do pós-ontologismo de LUHMANN.

O sentido é o meio mais geral e insuperável que possibilita haver sistemas psíquicos e sociais, garantindo que o mundo seja acessível.<sup>156</sup> O sentido é produzido exclusivamente como sentido das operações que o utilizam, de sorte que sua produção está condicionada ao momento das operações que o utilizam. Nem antes e nem depois disto. Trata-se de um *produto* das operações que o usam e não uma qualidade do mundo em razão de uma criação, fundação ou origem.<sup>157</sup>

Isto quer dizer que *cada sistema apenas observa aquilo pode observar, nos limites de seus sentidos construídos internamente*, ou seja, o sistema sempre irá utilizar seu

---

<sup>154</sup> SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Curso de hermenêutica jurídica contemporânea**: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico. Curitiba: Juruá, 2014, p. 631-632.

<sup>155</sup> VIANA, Ulisses Schwarz. **Direito e justiça em Niklas Luhmann**: complexidade e contingência no sistema jurídico. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2015, p. 42, 43, 51 e 53.

<sup>156</sup> NAFARRATE, Javier Torres. **Luhmann e as “formas elementares” da vida social**. Revista Brasileira de Sociologia do Direito, Porto Alegre, AbraSD, v. 2, n. 1, p. 28-36, 2015.

<sup>157</sup> LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Mexico: Editorial Herder, 2007, p. 27-28.

específico e único sentido, seu particular prisma de observação seletiva do ambiente. Nesse sentido, o ambiente também é uma construção de cada sistema.

As operações do sistema, ao se reproduzirem, delimitam-se em relação ao ambiente, produzindo uma diferença entre sistema e ambiente, formando uma rede recursiva de operações. Abrindo-se ao ambiente, através de seu limite ou fechamento operacional, o sistema filtra os estímulos ambientais produzindo conexões altamente seletivas, distinguindo-se do ambiente.

Ao resultado desta filtragem autopoiética com a respectiva incorporação da informação no sistema dá-se o nome de *ressonância*, ou seja, as informações vindas do ambiente (heterorreferência) podem se converter, exclusivamente por operações sistêmicas internas (autorreferência), em informações que passam a ser incorporadas nas estruturas comunicativas do sistema funcional.<sup>158</sup>

Em outras palavras: por sua própria autorreferência, o sistema admite o ingresso de informações ambientais, internalizando esta diferença por um processamento seletivo submetido ao código binário específico do sistema, que passa a fazer sentido nas estruturas internas do sistema, por meio da ressonância.

Além disso, intimamente ligado ao conceito de código binário (invariável), que dá a identidade e fechamento ao sistema, temos o conceito de *programas* (variáveis), que pode ser definido como o conjunto de critérios para a correta atribuição dos valores do código.

A programação, portanto, complementa a codificação, dando-lhe conteúdo, contrabalaneando a invariabilidade do código.

Conforme ensina ORLANDO VILLAS-BÔAS FILHO:<sup>159</sup>

Estando diferenciada em inúmeros subsistemas funcionais com seus respectivos códigos binários que concorrem entre si, a sociedade moderna, na qual não pode haver a sobreposição de um código a outro, sob pena de corrupção dos mesmos, precisa que os subsistemas, a despeito de sua clausura operacional, sejam dotados de abertura cognitiva, daí a importância dos programas. [...] O código precisa ser complementado pelos programas (leis, regimentos e demais premissas de decisão do direito), os quais, ao estabelecerem as regras de adjudicação de seus valores, fixam as condições concretas de correção na atribuição de tais valores, permitindo, por exemplo, que num dado litígio se indique quem ostenta expectativas conforme o direito e quem não as ostenta.

---

<sup>158</sup> VIANA, Ulisses Schwarz. **Direito e justiça em Niklas Luhmann**: complexidade e contingência no sistema jurídico. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2015, p. 66.

<sup>159</sup> ARNAUD, André-Jean Arnaud; JUNQUEIRA, Eliane Botelho Junqueira. **Dicionário da Globalização**. Direito. Ciência Política. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 375-376.

Pois bem. O que tudo isto que foi dito, a partir da teoria dos sistemas de LUHMANN, tem a ver com o direito?

O direito é um dos subsistemas funcionais no interior da sociedade, ao lado, por exemplo, do sistema político, científico, econômico, educacional e religioso, que, como todos os demais, realiza sua própria autopoiese, produzindo seus próprios elementos em uma rede recursiva de comunicações específicas.

A relação do sistema jurídico com a sociedade é ambígua, pois, de um lado, a sociedade é o entorno do sistema jurídico e, por outra perspectiva, todas as operações do sistema jurídico são operações que se realizam dentro da sociedade, portanto, são operações *da* sociedade. Isto quer dizer que o sistema do direito realiza a sociedade enquanto se diferencia dela.<sup>160</sup>

Todos os sistemas sociais que se formam dentro da sociedade (sistema omniabarcador) têm, igualmente, a *comunicação* como elemento basal.

Como assevera LUHMANN, “la forma de operación que produce y reproduce el sistema de la sociedad es la comunicación plena de sentido”, de sorte que o sistema jurídico não pode fazer outra coisa senão criar formas por meio do sentido através da comunicação.<sup>161</sup>

O sistema do direito consiste apenas de comunicações que acarretam consequências jurídicas,<sup>162</sup> ou seja, um sistema cuja especialização se mostra por meio de comunicações dotadas de sentido *jurídico*.

Conforme aponta LUHMANN, “el derecho con sus operaciones (que son operaciones sociales) introduce un corte en la sociedad y con ello se configura un entorno específico del derecho, interno a la sociedad”.<sup>163</sup> E exatamente como resultado desse corte, pode-se perguntar como o entorno social pode influenciar o direito, sem que isto acarrete uma desdiferenciação entre direito e sociedade ou entre o direito e os demais subsistemas funcionais.

As operações do sistema do direito são, também, operações *da sociedade*,<sup>164</sup> ou seja, baseadas em um meio comum ao direito e à sociedade, que é a comunicação.

---

<sup>160</sup> LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Mexico: Editorial Herder, 2005, p. 89.

<sup>161</sup> *Idem*.

<sup>162</sup> LUHMANN, Niklas. **The unity of the legal system**. In: Autopoietic law: a new approach to law and society. Berlin; New York: de Gruyter, 1987, p. 19.

<sup>163</sup> LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Mexico: Editorial Herder, 2005, p. 89.

<sup>164</sup> *Ibidem*, p. 89, 110-111.

Operações jurídicas são comunicações (e não comportamentos<sup>165</sup>) com sentido jurídico. Exatamente tais comunicações que delimitam o sistema jurídico de seu ambiente.<sup>166</sup> Para que exista uma operação jurídica, portanto, não basta *qualquer* comunicação, pois desse modo o sistema jurídico não mais existiria, à vista de uma total congruência com a sociedade<sup>167</sup>, ou seja, não apresentaria mais a diferença sistema-ambiente.

De acordo com ULISSES SCHWARZ VIANA,

[...] no direito essa função comunicativa do sistema se expressa no fato de que o sistema jurídico deve ser visto como uma conexão de operações que se realizam como uma estrutura sistêmica e que como operações sociais devem ser adicionalmente assinaladas como comunicações sobre questões jurídicas.<sup>168</sup>

Toda e qualquer comunicação que se refira ao código direito-não direito receberá o qualificativo de *jurídica*, devendo ser imputada, única e exclusivamente, ao subsistema social do direito. Não importa, portanto, *quem* produz a comunicação jurídica. Pode ser a organização central do sistema do direito (Poder Judiciário) ou qualquer das organizações periféricas acopladas ao sistema do direito (OAB, Procuradorias Públicas, Ministério Público, Defensoria Pública, departamentos jurídicos de empresas privadas etc.). Basta a operação se referir ao código direito-não direito que estaremos frente à comunicação jurídica.

Nesse sentido, LUHMANN é taxativo ao asseverar que:

The legal system consists of all social communication that is formulated with reference to law. It is not confined to communication occurring within legally regulated procedures, but also includes that of daily life insofar as it raises legal questions or otherwise registers or repudiates legal claims. The legal system, in other words, is not exhausted by processes of ‘applying the law’ in the narrow sense. [...] In modern legal systems, to be sure, special importance is conceded to organizations where legal questions are handled professionally, uninterruptedly, and – whenever necessary – by means of a division of labor (e.g., law firms, courts, legal advisory boards, or legislative bodies).<sup>169</sup>

---

<sup>165</sup> *Ibidem*, p. 122.

<sup>166</sup> *Ibidem*, p. 110.

<sup>167</sup> *Ibidem*, p. 122.

<sup>168</sup> VIANA, Ulisses Schwarz. VIANA, Ulisses Schwarz. **Direito e justiça em Niklas Luhmann: complexidade e contingência no sistema jurídico**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2015, p. 40.

<sup>169</sup> LUHMANN, Niklas. **The autonomy of the legal system**. In: *The differentiation of society*. New York: Columbia University Press, 1982, p. 122-123.

Aliás, esta característica não é uma exclusividade do sistema jurídico, mas inerente a todos os demais subsistemas sociais. Com efeito, “the religious system cannot be exclusively identified with the church, nor the political system with the apparatus of government, nor the educational system with schools and universities, nor the economic system with organizations of production”.<sup>170</sup>

De todo o modo, o subsistema social do direito é o único que constrói sentido jurídico, fundamentando suas operações, primariamente, no código direito-não direito.

A diferenciação do sistema jurídico está fundamentalmente baseada na distinção entre *expectativas normativas* e *expectativas cognitivas*, sendo as primeiras aquelas que uma vez não concretizadas não são alteradas, ou seja, são contrafáticas, enquanto as últimas aprendem/mudam com as situações de desapontamento. Assim, ao contrário das expectativas cognitivas que se adaptam à realidade no caso de desapontamento,<sup>171</sup> as normativas são dotadas de uma durabilidade que “é garantida por uma generalização não adaptativa, isto é, admitem-se as desilusões como um fato, mas estas são consideradas como irrelevantes para a expectativa generalizada”.<sup>172</sup>

O sistema do direito usa esta diferença para combinar o fechamento de sua autorreprodução recursiva e a abertura de sua relação com o ambiente. Em outros termos: o direito é um sistema normativamente fechado mas cognitivamente aberto.<sup>173</sup>

A normatividade não tem outro propósito senão significar que apenas o sistema jurídico pode outorgar qualidade jurídica para seus elementos e com isto constituir seus elementos. Nesse sentido, o sistema está fechado ao ambiente, pois nenhum evento juridicamente relevante pode derivar sua normatividade do ambiente do sistema jurídico.

Por outro lado, e concomitantemente, através dos programas decisórios, o sistema jurídico se faz dependente dos fatos (ambiente) e pode mudar esses programas quando a pressão dos fatos assim exigir.

De acordo com LUHMANN, todo o processamento de informação jurídica utiliza simultaneamente orientações normativas e cognitivas. A qualidade normativa servindo à

---

<sup>170</sup> *Ibidem*, p. 123.

<sup>171</sup> LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p. 56.

<sup>172</sup> FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. São Paulo: Atlas, 2003, p. 104.

<sup>173</sup> LUHMANN, Niklas. **The unity of the legal system**. In: *Autopoietic law: a new approach to law and society*. Berlin; New York: de Gruyter, 1987, p. 20.

autopoiese do sistema; a qualidade cognitiva, servindo à coordenação deste processamento jurídico com o ambiente do sistema.<sup>174</sup>

MARIO LOSANO aponta um exemplo: “atribui *normativamente* a capacidade jurídica como consequência do nascimento; verifica *cognitivamente* se o nascimento ocorreu, o que não se pode resolver com um simples ‘juízo’ baseado no dever-ser”.<sup>175</sup>

Um programa sociológico deste tipo sistêmico, como já afirmamos linhas atrás, *não é* normativo, de modo que se deve evitar a observação do direito como um *conjunto de normas*, como ocorre predominante nas descrições dogmáticas. A teoria de LUHMANN não é dogmatizável.

Diversamente a outros teóricos que observam o fenômeno jurídico, para LUHMANN o direito não é um conjunto congruente de regras, mas um “entramado de operaciones fácticas que, como operaciones sociales, deben ser comunicaciones”, de modo que o ponto de partida luhmanniano não está na norma nem em uma tipologia dos valores, “sino en la distinción sistema-entorno”.<sup>176</sup>

Com efeito, a teoria de LUHMANN desloca a ênfase da estrutura (como no estrutural funcionalismo de PARSONS) para as *operações*,<sup>177</sup> sendo que estas se refletem em *duas dimensões*: temporal (operação como *acontecimento*, que enquanto acontece se desvanece) e estritamente objetiva (operação como produção de uma diferença).<sup>178</sup>

Isto é extremamente importante pois “não se parte da observação de como as estruturas do direito orientam as suas operações jurídicas, mas sim como as operações jurídicas se orientam a si mesmas, produzindo a diferença entre sistema e ambiente”,<sup>179</sup> confirmando ou modificando sua estrutura por meio de suas operações. Esta perspectiva reforça o afastamento de LUHMANN das concepções normativistas de Kelsen, que “permanece no nível estrutural hierárquico do ordenamento normativo-jurídico”.<sup>180</sup>

---

<sup>174</sup> *Ibidem*, p. 20.

<sup>175</sup> LOSANO, Mario G. **Sistema e estrutura no direito**. v. 2. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 403.

<sup>176</sup> LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Mexico: Editorial Herder, 2005, p. 96.

<sup>177</sup> De acordo com Luhmann, “si se quiere, en cambio, experimentar con los estímulos contenidos en la teoría de sistemas, se debe operar una innovación y pensar en operaciones en vez de pensar en estructuras”.

LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Mexico: Editorial Herder, 2005, p. 96.

<sup>178</sup> *Ibidem*, p. 105-106.

<sup>179</sup> SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Curso de hermenêutica jurídica contemporânea**: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico. Curitiba: Juruá, 2014, p. 609.

<sup>180</sup> NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2013, p. 139, nota de rodapé n. 71.

Assim, a estrutura ganha um colorido *dinâmico*, sendo necessária para que se leve a cabo os encadeamentos altamente seletivos das operações que produzem e reproduzem a realidade do direito, emergindo o sentido jurídico.<sup>181</sup>

A relação entre estrutura e operações é circular, de sorte que as operações, para que possam se referir recursivamente a outras operações, necessitam construir estruturas e estas podem ser modificadas, confirmadas ou condensadas pelas operações subsequentes. É a realização da autopoiese.<sup>182</sup>

As operações que se realizam no interior do sistema jurídico – produzindo e reproduzindo comunicações jurídicas – são denominadas *decisões jurídicas*, um tipo específico de comunicação que é atualizada no âmbito de um específico sistema social (*sistema organizacional*) acoplado ao sistema jurídico, portanto decisões jurídicas são atualizadas pelas organizações que estão acopladas ao sistema do direito.

É exatamente aí, nas decisões jurídicas (não apenas *judiciais*, como no realismo jurídico norte-americano ou escandinavo), que reside a positividade do direito,<sup>183</sup> ou seja, as *decisões jurídicas atualizam o subsistema social do direito*.

A positividade do direito está em sua autopoiese. Exatamente por isto, são possíveis reproduções divergentes, seja na forma de uma evolução quase imperceptível, seja na forma de uma mudança estrutural planejada.<sup>184</sup>

Trata-se de positividade operativa, isto é, a positividade do direito está na dinâmica das decisões jurídicas. Em outras palavras: o direito positivo está na *rede histórica das decisões jurídicas*,<sup>185</sup> não nas normas jurídicas,<sup>186</sup> haja vista que são as decisões jurídicas que produzem e reproduzem o sentido jurídico, sendo precisamente daí que o direito adquire realidade,<sup>187</sup> sua racionalidade única (jurídica) como subsistema funcional da sociedade, haurindo sua validade *a partir de si mesmo*, independentemente de referências externas ou transcendentais (v.g. norma hipotética fundamental de KELSEN).

---

<sup>181</sup> LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Mexico: Editorial Herder, 2005, p. 97.

<sup>182</sup> *Ibidem*, p. 105-106.

<sup>183</sup> *Ibidem*, p. 94.

<sup>184</sup> LUHMANN, Niklas. **The unity of the legal system**. In: Autopoietic law: a new approach to law and society. Berlin; New York: de Gruyter, 1987, p. 18.

<sup>185</sup> SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Curso de hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico**. Curitiba: Juruá, 2014, p. 609.

<sup>186</sup> O conceito de positividade do direito em Luhmann é algo peculiar, que vai além do conceito de direito positivo adotado pelas diversas correntes positivistas e mesmo pós-positivistas, como conjunto de regras e princípios.

<sup>187</sup> LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Mexico: Editorial Herder, 2005, p. 97.

De acordo com MARCELO NEVES, “a vigência do código lícito-ilícito, diferencia-guia da reprodução autopoiética do direito conforme LUHMANN, é também independente de uma ‘norma fundamental’ (KELSEN) ou de uma ‘regra de reconhecimento’ (HART)”.<sup>188</sup>

Enfim, o direito positivo é válido enquanto *decisão*<sup>189</sup> que afirma esta validade para poder decidir. Há uma circularidade entre validade e decisão, o que tem toda coerência com a ideia de autoprodução, de autopoiese.

O ponto de partida da teoria de LUHMANN não é uma regra, um princípio, ou seja, não é uma norma e nem uma tipologia dos valores, mas uma *distinção* (sistema-ambiente), em que o sistema *não é* um conjunto de normas, mas um conjunto de *operações fáticas que, como operações sociais, devem ser comunicações*.<sup>190</sup>

Portanto, a teoria luhmanniana utiliza conceitos não normativos, escorados em distinções que, ao indicar um dos lados, sempre coloca o outro lado da distinção como um valor reflexivo (validade e invalidade; justiça e injustiça; constitucionalidade e inconstitucionalidade; coletivo e individual).

Nesta moldura, torna-se imperiosa a pergunta: como o direito se fecha em relação ao seu ambiente social para, a partir daí, observar como ocorrem as influências recíprocas entre os sistemas sociais?<sup>191</sup>

Conforme aponta RAFAEL LAZZAROTTO SIMIONI, “se se quiser saber como um sistema se fecha para seguir produzindo as suas próprias operações, deve-se observar: a) a especificidade da função do sistema, quer dizer, a orientação para um problema social específico; e b) a codificação binária a partir da qual o sistema se designa a si mesmo como um sistema”.<sup>192</sup>

Assim, função e código especificam as operações jurídicas, dando *autonomia* ao subsistema social do direito.<sup>193</sup>

A função do direito está ligada à função das normas, que é justamente *generalizar congruentemente expectativas normativas*, ou seja, estabelecer generalizada e coerentemente as expectativas que não aprendem com o desapontamento, de sorte que,

<sup>188</sup> NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2013, p. 139, nota de rodapé n. 71.

<sup>189</sup> LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Mexico: Editorial Herder, 2005, p. 94.

<sup>190</sup> *Ibidem*, p. 96.

<sup>191</sup> SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Curso de hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico**. Curitiba: Juruá, 2014, p. 668.

<sup>192</sup> *Ibidem*, p. 671.

<sup>193</sup> LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Mexico: Editorial Herder, 2005, p. 116 e 118.

ainda que elas venham a ser desviadas ou descumpridas, continuarão sendo expectativas (normativas) válidas que merecem confirmação<sup>194</sup> e generalização. A função do sistema nada mais é que sua orientação para um problema social específico.<sup>195</sup> A função é o “código postal” do sistema, uma realidade presente que orienta e motiva as comunicações.<sup>196</sup>

O código, muito embora não tenha conteúdo, restringe a observação das operações do sistema através de um sinal de dois valores, um esquematismo binário – direito-não direito –, submetendo toda a comunicação da sociedade a esta específica distinção sistêmica.

Com base na codificação, há uma ordenação das operações do sistema jurídico que utilizará *primariamente* a forma de uma diferenciação binária entre direito-não direito, bem como *distinções adicionais* como válido-inválido, jurídico-antijurídico, constitucional-inconstitucional<sup>197</sup> e, segundo pensamos, *coletivo-individual*.

Função e código, conjuntamente, possibilitam que as operações jurídicas possam se distinguir e reproduzir a partir de si mesmas, garantindo a necessária redução de complexidade para a existência autopoietica do sistema.

Assim, autônomo (fechado) operacionalmente, o subsistema do direito pode deixar-se irritar pelas informações de todos os demais sistemas sociais, selecionando os estímulos sempre de acordo com sua peculiar filtragem autopoietica, de modo a legitimar internamente esta informação ambiental<sup>198</sup> e organizá-la na forma de código direito-não direito, produzindo ressonâncias e variações.

O próprio direito, então, define as influências do ambiente suportadas pelo sistema, não havendo relativismos na autonomia, de sorte que um sistema não pode ser mais ou menos autopoietico, pois não há gradualismos na clausura operacional, no sentido de o sistema operar também em seu ambiente ou vice-versa,<sup>199</sup> o que seria incompatível com a

---

<sup>194</sup> *Ibidem*, p. 117.

<sup>195</sup> *Ibidem*, p. 116.

<sup>196</sup> LUHMANN, Niklas. **Complejidad y modernidad**: de la unidad a la diferencia. Edición y traducción de Jostxo Berian y José María García Blanco. Madrid: Editorial Trotta, 1998, p. 82.

<sup>197</sup> VIANA, Ulisses Schwarz. **Direito e justiça em Niklas Luhmann**: complexidade e contingência no sistema jurídico. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2015, p. 88-89.

<sup>198</sup> LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Mexico: Editorial Herder, 2005, p. 121.

<sup>199</sup> LUHMANN, Niklas. **Organización y decisión**. Mexico: Editorial Herder, 2010, p. 74.

Em sentido contrário: TEUBNER, Günther. **O direito como sistema autopoietico**. Trad. José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

ideia de autopoiese, posto que esta *não é algo que vai se formando gradativamente* (o que, aliás, iria de encontro às ideias pós-ontológicas de LUHMANN), mas apenas um conceito.<sup>200</sup>

É este relevantíssimo paradoxo luhmanniano da abertura no fechado – superando os esquemas da teoria geral dos sistemas abertos e inaugurando os sistemas *simultaneamente* abertos e fechados – que permite que o direito possa *manter sua autonomia operativa*<sup>201</sup> produzindo ressonâncias (segurança jurídica) e, simultaneamente, produzindo eventuais variações, permitindo-se evoluir mudando suas estruturas em decorrência de sentidos construídos pelo próprio sistema do direito, mas a partir de estímulos advindos de seu ambiente (justiça). Em outras palavras: abre-se cognitivamente ao ambiente, mas não ao ponto de comprometer seu fechamento operacional.

---

Defendendo a intransponibilidade do modelo luhmanniano da autopoiese à realidade jurídica da modernidade periférica latino-americana, tendo em vista sobreposições particularistas do código da política e da economia às questões jurídicas, o que impossibilitaria a construção da identidade de um sistema jurídico, ver por todos: NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2013; NEVES, Marcelo. **Do pluralismo jurídico à miscelânea social**: os problemas da falta de identidade da(s) esfera(s) de juridicidade na modernidade periférica e suas implicações na América Latina. *Revista Direito em Debate*, v. 4, n. 5, 1995.

Para Guilherme Leite Gonçalves, haveria a produção de um tipo de interpretação jurídica comum à realidade brasileira, denominada por ele de “hermenêutica da cordialidade”, tudo porque “na realidade periférica, a síntese de sentido (ou expectativa normativa) que se estabilizou não foi o ‘programa decisório’, mas a ‘pessoa’”, de sorte que “a decisão jurídica verifica-se com base no sentimento de simpatia, de interesse e de confiança do magistrado em relação à parte. O material jurídico possui maior flexibilidade e se orienta conforme um sentimento de justiça movido pela afetividade. Nesse sentido, o código comunicativo lícito/ilícito convive com códigos paralelos como, por exemplo, simpatia/antipatia, confiança/desconfiança, boa pessoa/má pessoa [...]. Sem ter estabilizado o Estado de Direito na estrutura social, a realidade jurídica brasileira importou, a partir de 1988, o modelo de ativismo judicial de países que já haviam esgotado o potencial da racionalidade jurídico-formal. O resultado não surpreende: os valores e princípios são absorvidos pela lógica da retórica. [...] Nesse sentido, o ativismo judicial e sua versão dogmática, a teoria dos princípios constitucionais, parecem cumprir uma função política específica: legitimar e institucionalizar o homem cordial”. GONÇALVES, Guilherme Leite. **Função interpretativa, alopoiese do direito e hermenêutica da cordialidade**. Rio de Janeiro. *Revista Direito e Práxis*, v. 1, n. 1, 2010, p. 16-31.

<sup>200</sup> SIMIONI, Rafael Lazzarotto. Normatividade e fundamentação material do direito na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann: o problema da normatividade implícita na dimensão construtivista da observação de segunda ordem. *In*: BARRETTO, Vicente de Paulo; DUARTE, Francisco Carlos; SCHWARTZ, Germano (Orgs.). **Direito da sociedade policontextural**. Curitiba: Appris, 2013, p. 342.

<sup>201</sup> Levantando aguda crítica à aplicação do conceito de autopoiese nos países de modernidade periférica, em especial da América Latina, Marcelo Neves afirma que “é intransponível o modelo luhmanniano da autopoiese à realidade jurídica da modernidade periférica latino-americana. As sobreposições particularistas dos códigos políticos e econômicos às questões jurídicas impossibilitam a construção da identidade de um sistema jurídico. Em lugar da autopoiese, está a alopoiese do Direito. Isto significa que não surge uma esfera de juridicidade apta a, de acordo com seus próprios critérios e de forma congruentemente generalizada, reciclar as influências advindas do seu contexto econômico e político, como também daquilo que os alemães denominam de ‘boas relações’ [...]. O problema não reside, primariamente, na falta de abertura cognitiva (heterorreferência ou adaptação), mas sim no insuficiente fechamento operacional (autorreferência) que obstaculiza a construção da própria identidade do sistema jurídico”. NEVES, Marcelo. **Do pluralismo jurídico à miscelânea social**: os problemas da falta de identidade da(s) esfera(s) de juridicidade na modernidade periférica e suas implicações na América Latina. *Revista Direito em Debate*, v. 4, n. 5, 1995, p. 17-18.

Nesta linha está o entendimento de ARTUR STAMFORD,<sup>202</sup> quando assevera que:

A ideia de abertura cognitiva em relação ao sistema jurídico significa incluir o conhecimento como um de seus componentes. Devido a esta abertura, pode-se admitir a interferência de elementos distintos do direito estatal nas tomadas de decisões dos operadores jurídicos, porém a perspectiva da arbitrariedade – a decisão baseada exclusivamente na opinião pessoal – é afastada. Isto porque as informações externas são codificadas segundo os critérios estabelecidos pelo sistema, desde o instante de sua formação.

Os estímulos vindos do ambiente, proporcionados pela abertura cognitiva no fechamento do sistema, são imprescindíveis para a evolução autopoietica do sistema, evitando seu isolamento e buscando a adequação de sua complexidade interna ao ambiente intrassocial, como subsistema imerso no sistema omniabarcador da sociedade.

Esta abertura sistêmica, portanto, permite a reconstrução das informações dos outros sistemas pelo próprio sistema jurídico. É o direito construindo seus próprios elementos, em seu específico processo autopoietico, a partir das informações ambientais, ou seja, processam-se no sistema informações ambientais mantendo a contínua diferença sistema-ambiente. Afinal, “los subsistemas funcionales, por tanto, están estructuralmente obligados a procesar información sobre sus entornos”.<sup>203</sup>

Assim, do mesmo modo que não se fala em subordinação do direito ao ambiente, não se defende a autossuficiência jurídica ou primazia jurídica no trato das questões sociais. Deve-se observar o sistema do direito sempre como um sistema *da* sociedade, exercendo sua função ao sistema social global, as prestações aos demais subsistemas funcionais, bem como sua autorreflexão.

Há de se encontrar o equilíbrio entre o isolamento formal do direito, no melhor estilo do positivismo normativista, e o “direito vivo”, que não pretende prender a correnteza (realidade social) numa lagoa (códigos)<sup>204</sup> ou aquele “achado nas ruas”, em que a criação do direito deriva do protagonismo de movimentos sociais a partir *da rua*,

---

<sup>202</sup> STAMFORD DA SILVA, Artur. **A decisão judicial**: dogmatismo e empirismo. Curitiba: Juruá, 2000, p. 71.

<sup>203</sup> LUHMANN, Niklas. **Complejidad y modernidad**: de la unidad a la diferencia. Edición y traducción de Josexo Berian y José María García Blanco. Madrid: Editorial Trotta, 1998, p. 80.

<sup>204</sup> EHRlich, Eugen. **O estudo do direito vivo**. In: SOUTO, Cláudio; FALCÃO, Joaquim (Orgs.). *Sociologia & Direito. Textos básicos para a disciplina de sociologia jurídica*. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2001, p. 110.

metáfora do espaço público, do lugar do protesto, da formação de novas sociabilidades,<sup>205</sup> enfim, do local, por excelência, “onde emergem as lutas sociais e o Direito”.<sup>206</sup> É importante acentuar que, de acordo com ROBERTO LYRA FILHO – criador da Nova Escola Jurídica Brasileira, que deu azo em 1986 ao então projeto denominado “O Direito Achado na Rua”, que, por sua vez, consolidava a Nova Escola como uma doutrina teórica e prática libertadora, baseada no humanismo dialético – deve haver “uma filtragem nas normas costumeiras e legais”, haja vista que elas podem gerar tanto “produtos autênticos” como “produtos falsificados”.<sup>207</sup>

Obviamente, a teoria dos sistemas sociais de LUHMANN não dá uma resposta pronta e acabada para se alcançar este equilíbrio, mas parece-nos bastante claro que o paradoxo da abertura no fechado é um caminho muito próspero para se evitar um solipsismo jurídico-sistêmico, que, ao fim e ao cabo, desemboca em um grave *deficit* coletivo. Este caminho, como defendemos, deve ser melhor explorado pelas organizações acopladas ao sistema do direito e que atualizam as decisões jurídicas referentes aos mais variados grupos de pessoas.

É importante frisar que não há uma transferência direta e automática da comunicação coletiva observável no sistema de interação para o sistema do direito, como no velho esquema *input-output* da teoria geral dos sistemas. Na esteira da observação de LUHMANN, “por suerte un movimiento social o una simple campaña en los medios de masas no pueden modificar el derecho. Una modificación é solo posible en las formas que el sistema jurídico escoja [...]”. A partir desta perspectiva o sistema jurídico, “debe quedar instalado un filtro por el que los cambios en la opinión pública se tomen como motivo de aprendizaje, es decir, cognitivamente y no, por ejemplo, como imposición directa de nuevas normas”.<sup>208</sup>

Portanto, para que a comunicação coletiva produzida na “rua” pelos “sujeitos coletivos” (v.g. movimentos sociais) se transforme em uma comunicação jurídico-coletiva,

<sup>205</sup> COSTA, Alexandre Bernardino; SOUSA JUNIOR, José Geraldo de. **O direito achado na rua: uma ideia em movimento.** In: COSTA, Alexandre Bernardino; SOUSA JUNIOR, José Geraldo de; DELDUQUE, Maria Célia *et al.* (Orgs.). *O direito achado na rua: introdução crítica ao direito à saúde.* v. 4. Brasília: CEAD/UnB, 2009, p. 18.

<sup>206</sup> ESCRIVÃO FILHO, Antonio; CARNEIRO, Fredson Oliveira; MARTINS, Karoline Ferreira *et al.* **O direito achado na rua: concepção e prática** – No percurso de Roberto Lyra Filho. In: SOUZA JÚNIOR, José Geraldo de (Coord.). *O direito achado na rua: concepção e prática.* Coleção Direito vivo, v. 2. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 82.

<sup>207</sup> LYRA FILHO, Roberto. **Desordem e processo: um posfácio explicativo.** In: ARAÚJO, Doreodó Lyra. *Desordem e processo: estudos sobre o direito em homenagem a Roberto Lyra Filho.* Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1986, p. 312.

<sup>208</sup> LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad.** Mexico: Editorial Herder, 2005, p. 150-151.

dando existência aos “sujeitos coletivos *de direito*”, ressonando no sistema do direito, torna-se necessária a passagem pelo filtro desse sistema, obedecendo a forma que o sistema escolheu para tanto.

No caso da comunicação jurídico-coletiva que se verifica na periferia do sistema jurídico, a forma é o que a dogmática chama de “representação adequada”, exercida pelas organizações acopladas ao sistema do direito, verdadeiras instâncias jurídico-decisórias, que tomam as decisões jurídico-coletivas a partir dos programas condicionais que versam sobre direitos coletivos.

Nesse sentido, o sistema jurídico é exatamente aquele o qual se deve lançar mão para dar forma jurídica às concepções cambiantes sobre o mundo que estão no ambiente desse subsistema social.<sup>209</sup>

Na sociedade moderna, as pressões inclusivas junto ao sistema funcional do direito são excessivas e sempre forçam seletividades por parte dos centros jurídico-decisórios (organizações) acoplados ao sistema do direito. Tudo isso torna necessário que se redobre a cautela para que a autonomia jurídica não se esvazie diante das expectativas de todos os setores da sociedade moderna.

Deve-se, portanto, respeitar o multiculturalismo e os mais diversos modos de vida, mas, uma vez tendo o sistema jurídico preservada sua necessária autonomia, pode legitimamente *não reconhecer* eventuais “hábitos culturais perversos à realização do nosso projeto civilizacional”.<sup>210</sup>

Nesse sentido, está lição de ULISSES SCHWARZ VIANA:<sup>211</sup>

A evolução dos sistemas sociais se processa de modo autorreferencial (autopoiético) em que o mecanismo evolutório não é acionado imediata e diretamente pelas mudanças de estado operadas no ambiente do sistema, *from outside*. Essas mudanças provêm do ambiente, mas elas são internalizadas, ou não, por critérios próprios do sistema funcional, o que traduz um fechamento operativo (*operative Geschlossenheit*), pressuposto da autopoiese.

---

<sup>209</sup> *Ibidem*, p. 151.

<sup>210</sup> SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Decisão jurídica e autonomia do direito**: a legitimidade da decisão para além do constitucionalismo e democracia. In: FIGUEIREDO, Eduardo Henrique Lopes; MONACO, Gustavo Ferraz de Campos; MAGALHÃES, José Luiz Quadros de (Coords.). *Constitucionalismo e democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 159.

<sup>211</sup> VIANA, Ulisses Schwarz. **Direito e justiça em Niklas Luhmann**: complexidade e contingência no sistema jurídico. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2015, p. 80.

Ao nosso pensar, é exatamente a partir desta abertura cognitiva que o sistema do direito pode produzir comunicações envolvendo direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos de modo menos arriscado e, conseqüentemente, mais legítimo, aproximando-se os afetados das decisões jurídicas tomadas pelas organizações, como veremos no capítulo seguinte.

Vejamos mais de perto, a seguir, esta importante diferença interna do sistema do direito: a *comunicação jurídico-coletiva*.

## 2.2 A COMUNICAÇÃO JURÍDICO-COLETIVA E SUAS TEMATIZAÇÕES: POLICONTEXTURALIDADES NO SUBSISTEMA SOCIAL DO DIREITO

O subsistema social do direito, assim como todos os demais subsistemas sociais da sociedade moderna funcionalmente diferenciada (v.g. ciência, economia, política, arte, religião, saúde, educação etc.), é uma parte inseparável do sistema social global (sociedade), compartilhando, portanto, um mesmo elemento básico: a comunicação.

Nesse sentido, como observa LUHMANN, deve-se preferir a fórmula “direito *da* sociedade” em substituição àquela comumente mencionada (“direito *e* sociedade”), que deixa a errônea impressão de que possa existir o direito fora da sociedade.<sup>212</sup> Todos os sistemas sociais são uma realização da sociedade. O sistema jurídico também é um sistema que pertence à sociedade e a realiza.

Desse modo, em relação ao sistema jurídico, a sociedade é em parte mais (na medida em que abarca as operações do sistema do direito) e em parte menos (conquanto o sistema do direito também não dispensa o ambiente da sociedade, ou seja, os sistemas físicos e psíquicos dos seres humanos, os fenômenos físicos, químicos e biológicos relevantes para o direito).<sup>213</sup>

A comunicação, portanto, é o que importa, justamente porque sistemas jurídicos são sistemas sociais.

Como qualquer sistema social, o subsistema social do direito é uma máquina *não trivial*, porque cada vez que responde percebe que o faz e, conseqüentemente, a segunda

---

<sup>212</sup> LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Mexico: Editorial Herder, 2005, p. 70.

<sup>213</sup> *Ibidem*, p. 111.

vez que recebe a pergunta já sabe que respondeu, razão pela qual *sua estrutura muda e a pergunta não é processada como na primeira vez*.<sup>214</sup>

Trata-se, pois, de uma máquina *histórica*, porque cada operação jurídica mexe com o sistema, modificando-o e colocando-o em outra posição, ou seja, uma máquina que “pone en juego su estado en cada operación y, por esa causa, construye en cada momento operativo una nueva máquina”.<sup>215</sup>

A especificidade do sistema do direito é que ele comunica, com exclusividade, o código binário direito-não direito, que recebe a contedística a partir de seus programas decisórios. Com efeito, “os códigos seriam formas vazias se não estivessem associados a programas e critérios. Assim sendo, a autopoiese importa uma combinação entre ‘codificação’ e ‘programação’, o que possibilita a simultaneidade de fechamento e abertura”.<sup>216</sup>

Nenhum outro subsistema social comunica esta diferença (direito-não direito), de modo que “toda a comunicação produzida na sociedade que faça referência a essa diferença é uma comunicação jurídica, quer dizer, uma comunicação produzida pelo sistema jurídico da sociedade”.<sup>217</sup>

A partir de uma observação de como o sistema do direito vem produzindo a sua própria semântica desde o século passado, percebe-se que, especialmente após a Segunda Guerra Mundial, com o surgimento do modelo de Estado Social ou prestacional, regulando e orientando o processo econômico, acentua-se claramente uma diferenciação *adicional ou secundária* no sistema do direito: a forma coletivo-individual.

Não se trata de uma forma exclusiva do sistema jurídico, pois pode, perfeitamente, ser verificada em outros sistemas sociais, mais evidentemente no sistema de interação, no qual é possível observar, por exemplo, João interagindo apenas com Maria ou ambos interagindo presencialmente com quantitativos (in)definíveis de pessoas, mesmo que não fisicamente. Também no sistema da saúde é possível observar a forma coletivo-individual, na educação ou na economia (micro/macroeconomia).

De todo o modo, como dito, a partir da segunda metade do século XX, o direito assumidamente incorpora essa diferença interna em sua comunicação, passando a prever a

<sup>214</sup> MANSILLA, Darío Rodríguez. In: LUHMANN, Niklas. **Organización y decisión**. Mexico: Editorial Herder, 2010, p. 19-20.

<sup>215</sup> LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Mexico: Editorial Herder, 2005, p. 114.

<sup>216</sup> NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2013, p. 134.

<sup>217</sup> PEREIRA, Agostinho Oli Koppe; SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **A especificidade dos novos direitos na multiplicidade de suas referências**. Revista Sequência, n. 56, jun. 2008, p. 231.

possibilidade de exigir do Estado prestações positivas, no sentido de assegurar a *quantitativos definíveis de pessoas* (direitos coletivos em sentido estrito e, em alguns casos, direitos individuais homogêneos) os chamados direitos sociais ou de segunda dimensão/geração (saúde, educação, trabalho, previdência social, moradia etc.).

Isto foi sendo paulatinamente recrudescido, tornando-se possível também garantir o acesso ao sistema do direito a *quantitativos indefiníveis de pessoas* (direitos difusos e, em alguns casos, direitos individuais homogêneos).

A ação estatal se intensifica, enquadrando-se em uma dinâmica de proteção *coletiva*, com vistas à segurança econômica e social, redução das desigualdades de oportunidades, garantia de um mínimo vital que elimine ou reduza a pobreza.<sup>218</sup>

Nessa linha, importa a observação de MIGUEL AGUDO ZAMORA quando afirma que no Estado Social:

Se pierde, por tanto, la primacía de la libertad individual en los ámbitos social y económico, atendiendo el Estado en su actividad a la satisfacción de unos intereses colectivos que condicionarán, en determinados casos, los derechos y libertades individuales de los ciudadanos. *La reducción de esta primacía conduce inexorablemente a la agrupación de los ciudadanos en cuerpos intermedios* (partidos políticos, sindicatos, asociaciones...) que defenderán de forma eficaz los intereses de la *colectividad*. (Grifos nossos.)

A ênfase que o Estado Social dá aos direitos prestacionais conduz, inexoravelmente, à formação de uma nova semântica jurídica, a semântica dos chamados “novos direitos”, ou seja, *dos mais diversos grupos que podem ser incluídos ou não no subsistema social do direito*.

Acentua-se o coletivo em detrimento do individual, mas, como veremos adiante, esta nova forma *não exclui e nem se sobrepõe* à individual. Antes, pressupõe-no como valor reflexivo.

Portanto, esta mudança de perspectiva de acesso ao sistema do direito, como não poderia mesmo ser diferente, repercutiu na comunicação jurídica, fazendo realçar justamente aquilo que denominamos *comunicação jurídico-coletiva*, ou seja, aquela que tem como referência os *grupos*, as *coletividades*, as *categorias*, não mais indivíduos em suas intersubjetividades, não mais pessoas isoladamente.

---

<sup>218</sup> ZAMORA, Miguel Agudo. **La protección multinivel del Estado Social**. Valencia: Editorial Tirante Lo Blanch, 2013, p. 20-23.

Vê-se que, antes de ser *coletiva*, estamos falando sobre uma comunicação com sentido *jurídico*, portanto referida primariamente ao código deste específico subsistema social (direito-não direito).

Sendo assim, a forma direito-não direito serve de meio para recepcionar a nova forma (coletivo-individual), em um desenvolvimento evolutivo altamente improvável, aumentando a complexidade interna do sistema jurídico.

Trata-se, pois, de uma diferenciação *adicional* (coletivo-individual) à comunicação jurídica (direito-não direito). Uma diferenciação que é operacionalizada no código direito-não direito. Uma diferença (coletivo-individual) na diferença primária (direito-não direito), fruto das operações *do próprio sistema do direito*, ou seja, os programas decisórios orientam a adjudicação das operações jurídicas no lado “coletivo” ou “individual”. Desse modo, só falamos em comunicação jurídico-coletiva porque o *próprio direito criou esta diferença* e disponibilizou-a como uma variação para as suas novas operações.

Esta é uma novidade *jurídica* dos “novos direitos”,<sup>219</sup> que, para nós, nada mais é do que a indicação do lado *coletivo* da forma coletivo-individual, realizada pelas próprias operações jurídicas, especializando internamente no sistema do direito a comunicação jurídica, ou seja, reconstruindo juridicamente o coletivo que está no ambiente.

Assim, a comunicação jurídica utiliza uma diferença (coletivo-individual) e indica um dos lados desta distinção (coletivo), promovendo uma observação (de primeira ordem).

Partimos, pois, da observação destas observações, ou seja, uma observação de segunda ordem. Uma observação que se realiza sobre um observador, focalizada na distinção empregada pelo observador de primeira ordem, na tentativa de observar aquilo ele não pode ver (seu ponto cego), devido à localização.<sup>220</sup>

Como vimos, a observação é a operação que *utiliza uma distinção para definir um lado* (e não outro), de sorte que a distinção em si fica inobservável, pois ela própria não pode ser definida como um ou outro lado da distinção. Na distinção coletivo-individual, o coletivo fica definido por um (in)determinado quantitativo de indivíduos, sendo esta a distinção com a qual distingue e que o observador é incapaz de observar. A distinção, nesse caso, é uma questão simplesmente quantitativa. O coletivo se distinguiria do individual por um critério quantitativo de pessoas levadas em conta na comunicação, do

---

<sup>219</sup> PEREIRA, Agostinho Oli Koppe; SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **A especificidade dos novos direitos na multiplicidade de suas referências**. Revista Sequência, n. 56, jun. 2008, p. 232.

<sup>220</sup> LUHMANN, Niklas. **Introdução à teoria dos sistemas**. Petrópolis: Vozes, 2010, p. 168.

mesmo modo que a decisão jurídico-coletiva se diferenciaria de uma decisão jurídico-individual pelo quantitativo de pessoas afetadas.

A distinção é o ponto cego, mas condição de possibilidade da observação, de modo que o observador aproveita a distinção da qual se alimenta. É o parasita da sua observação.<sup>221</sup>

A comunicação jurídica pode tematizar pessoas individualizadas ou grupos (quantitativos definíveis ou indefiníveis de pessoas).

A ideia, portanto, é tão somente mostrar que, no interior do subsistema social do direito, que, exclusivamente, comunica o código direito-não direito, encontramos comunicações jurídicas *específicas* que nos permitem apontar determinadas características. É como se houvesse um *subsistema coletivo no interior do sistema funcional do direito*.

Este é um bom ponto de partida mas ainda insuficiente, pois a pergunta pela comunicação jurídico-coletiva deve partir não tanto em relação ao que ela é, mas, sobretudo, *como ela pode ser operacionalizada*, mormente em uma sociedade funcionalmente diferenciada com variados sistemas autônomos operacionais que se inter-relacionam constante e simultaneamente. Para nós, é exatamente a imprescindibilidade das comunicações intersistêmicas que vai garantir a novidade ou especificidade da comunicação jurídico-coletiva, e um caminho propício para observar essas inter-relações sistêmicas é justamente a observação do acordo coletivo, como veremos mais adiante.

É importante deixar claro que esta diferenciação interna da comunicação jurídica não surgiu no século XX; apenas foi altamente recrudescida por essa nova forma de atuação do Estado como agente da promoção social e organizador da economia.

Com efeito, podemos remontar a abordagem jurídico-coletiva às *actiones popularis* do direito romano clássico, nas quais o indivíduo ingressava em juízo na defesa de bens públicos, portanto, para defender determinado *grupo* ou *coletividade*.

As ações coletivas, portanto, remontam à Roma Antiga e, através das ações populares, foram o primeiro registro que se tem de proteção jurídica dos direitos metaindividuais.

Nesse sentido, NELSON NERY JÚNIOR assevera que “as *actiones populares* do direito romano, previstas no Digesto 47, 23, 1, que eram essencialmente privadas, destinavam-se à proteção dos interesses da sociedade. Qualquer do povo podia ajuizá-las, no entanto não

---

<sup>221</sup> LUHMANN, Niklas. Como podemos observar estruturas latentes? In: WATZLAWICK, Paul; KRIEG, Peter. (Orgs.). **O olhar do observador**. Campinas: Editorial Psy II, 1995, p. 60.

agia em nome de direito individual seu, mas como membro da comunidade, como defensor desse mesmo interesse público”.<sup>222</sup>

A despeito de a noção de Estado não estar bem-delimitada naquele tempo, havia o sentimento de que a *res publica*, de alguma forma, pertencia a todos os cidadãos romanos e que por isso mesmo estariam aptos a protegê-la.<sup>223</sup>

JOSÉ AFONSO DA SILVA<sup>224</sup> cita exemplos das *actiones populares* utilizadas à época do direito romano: *sepulcro violato*, usada no caso de violação de sepulcro, coisa santa ou religiosa; *effusis et deiectis*, utilizada contra quem atirasse objetos sobre a via pública; *positis et suspensis*, de natureza penal, versava sobre a proibição de se manterem nos telhados ou sacadas coisas que pudessem cair sobre a via pública; *albo corrupto*, que aplicava multa àqueles que alterassem o edito pretoriano; *aedilitio et redhibitione et quanti minoris*, para evitar que animais perigosos fossem levados à via pública; *termino de moto*, usadas contra os que deslocassem as pedras das propriedades privadas; *tabulis*, concedida contra quem abrisse o testamento ou aceitasse a herança enquanto não terminasse o processo contra os servos tidos como culpados quando alguém fosse morto violentamente e estes se encontrassem por perto, já que tinham a obrigação de defendê-lo; *assertio in libertatem*, nos primeiros tempos só concedida ao assistente ou representante da pessoa que queria o reconhecimento de sua liberdade (depois também foram concedidos iguais direitos aos parentes daquele que seria libertado); *interdictum de homine lebero exhibendo*, que poderia ser interposto por qualquer pessoa na defesa da liberdade; *collusione detegenda*, usada quando escravos ou libertos eram declarados nascidos livres em conluio com seus antigos donos.

Na Idade Média, por exemplo, há várias notícias acerca do manejo de diversas ações envolvendo grupos,<sup>225</sup> embora sem uma distinção clara entre o indivíduo e a coletividade, o que levava necessariamente ao enfrentamento do mérito desses conflitos,

---

<sup>222</sup> NERY JÚNIOR, Nelson. Ação civil pública no processo do trabalho. In: **Ação civil pública**: Lei 7.347/85 – 15 anos. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 601.

<sup>223</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação popular**: proteção do erário, do patrimônio público, da moralidade administrativa e do meio ambiente. 4. ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 39.

<sup>224</sup> SILVA, José Afonso da. **Ação popular constitucional**: doutrina e processo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1968, p. 16-20.

<sup>225</sup> YEAZELL, Stephen C. **From medieval group litigation to the modern class action**. New Haven: Yale University Press, 1987.

inexistindo discussões acerca da legitimidade ativa ou da representação adequada de quem manejava a ação pelo ou em face do grupo.<sup>226</sup>

No Brasil essa diferenciação na comunicação jurídica<sup>227</sup> foi ampla e explicitamente incorporada ao sistema do direito a partir da Constituição Federal (CF) de 1988,<sup>228</sup> com reflexos mais perceptíveis no aspecto *processual*, justamente porque, com a inafastabilidade da jurisdição (CF-88, art. 5º, XXXV), toda e qualquer ameaça ou lesão ao direito, *inclusive coletivo*,<sup>229</sup> não pode ser afastada da apreciação do Poder Judiciário, o que exigiu (e continua a exigir) alterações paradigmáticas nas regras procedimentais para a apresentação, condução e resolução dos conflitos por uma jurisdição até então acostumada a lidar exclusivamente com conflitos interindividuais.

Houve, pois, sensíveis mudanças nas operações jurídicas que passaram a tematizar, também, os chamados conflitos de massa, que necessariamente envolvem “interesses de massa, que comportam ofensas de massa e colocam em contraste grupos, categorias, classes de pessoas”.<sup>230</sup>

Desse modo, o direito processual civil, com suas regras instrumentais para a resolução dos conflitos intersubjetivos, escorado fundamentalmente no Código de Processo Civil (CPC), passou a conviver com um processo civil peculiar, posto que destinado a resolver os conflitos envolvendo exclusivamente *grupos*, ou seja, quantitativos (inco)mensuráveis de pessoas.

Paralelamente ao processo civil tradicional, que continua tendo plena aplicação no disciplinamento dos conflitos intersubjetivos no âmbito civil, despontou então o processo civil coletivo,<sup>231</sup> destinado exclusivamente a resolver conflitos *coletivos* na esfera civil,

<sup>226</sup> LEAL, Márcio Flávio Mafra. **Ações coletivas**: história, teoria e prática. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1998, p. 44-45.

<sup>227</sup> Ou, como defende Gregório Assagra de Almeida, a superação da *summa divisio* direito público e direito privado por uma nova *summa divisio* constitucionalizada: direito coletivo e direito individual. ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito material coletivo**: superação da *summa divisio* direito público e direito privado por uma nova *summa divisio* constitucionalizada. Belo Horizonte: DelRey, 2008, p. 361-442.

<sup>228</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. **Direito processual coletivo**. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; BENJAMIN, Antonio Herma *et al.* (Orgs.). *Processo coletivo: do surgimento à atualidade*. São Paulo: RT, 2014, p. 395.

<sup>229</sup> NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo na constituição federal**: processo civil, penal e administrativo. São Paulo: RT, 2013, p. 187.

<sup>230</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. **A ação civil pública refém do autoritarismo**. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; BENJAMIN, Antonio Herma *et al.* (Orgs.). *Processo coletivo: do surgimento à atualidade*. São Paulo: RT, 2014, p. 403.

<sup>231</sup> A partir de premissas constitucionais do processo e de características específicas da arbitragem, Eduardo Arruda Alvim e André Ribeiro Dantas apontam, ainda, para “um novo ramo do Direito Processual: o Direito Processual Arbitral”. Os autores observam que “grande parte do imenso arcabouço doutrinário e jurisprudencial do Direito Processual Civil, formado ao longo de séculos, necessita ser adaptado ao processo

quer seja aqueles em que as organizações tomam decisões jurídico-coletivas que podem afetar comunidades inteiras, grupos ou categorias de pessoas.

O processo civil coletivo, inicialmente, era tratado apenas como um apêndice do processo civil tradicional, sendo objeto de algumas leis extravagantes como, por exemplo, a lei da ação popular (Lei n. 4.717/65), a lei do parcelamento do solo (Lei n. 6.766/76), a lei de política nacional do meio ambiente (Lei n. 6.938/81) e a lei da ação civil pública (Lei n. 7.347/85).

Sob os influxos da CF-88, houve no Brasil uma quantidade significativa de leis (ou microsistemas) voltados para a proteção jurídica de coletividades específicas (consumidores, meio ambiente, crianças e adolescentes, torcedores, jovens, de ordem econômica, pessoas com deficiência, idosos, vítimas de discriminação racial, vítimas de violência doméstica etc.).

Aos poucos, a dogmática foi percebendo a necessidade de uma análise mais cuidadosa desse novo sistema processual que tem como finalidade justamente a tutela jurídica dos grupos em qualquer contexto fático que se fizer necessário (Lei n. 7.347/85, art. 1º, IV).

Em outras palavras, o ambiente pressiona o sistema do direito, tornando mais evidente a necessidade de viabilizar aos grupos a sua inclusão no subsistema social do direito.

O sistema jurídico passa a observar a comunicação coletiva produzida em seu ambiente (por exemplo, no sistema de interação e, especialmente, com a comunicação produzida pelos movimentos sociais), e a decisão jurídico-coletiva conquista um suficiente grau de autonomia, possibilitando a produção de sentidos capazes de serem generalizados simbolicamente na sociedade, passando a ser tematizada nas autodescrições do direito.

A decisão jurídico-coletiva, então, fecha-se nesta forma binária tecnicizada em duas alternativas que se excluem: “coletivo” porque “não coletivo”.

O Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90) nos dá um bom exemplo desta perspectiva bidimensional da decisão jurídica. O art. 103, §§1º e 2º é emblemático quando determina que os efeitos da coisa julgada *coletiva* não prejudicarão direitos *individuais* e, além disso, quando no §3º prevê a extensão *in utilibus* da coisa julgada

---

arbitral. E para a consecução de uma tarefa de tal envergadura parece justificável a delimitação de um novo ramo (*sub-sub-ramo*, a rigor) do Direito Processual, o Direito Processual Arbitral”. ARRUDA ALVIM, Eduardo; DANTAS, André Ribeiro. **Direito processual arbitral**: natureza processual da relação jurídica arbitral e incidência do direito constitucional processual. Revista de Processo, v. 234, p. 365-388, ago. 2014.

*coletiva* aos *indivíduos* que decidirem aproveitar da sentença procedente na ação *coletiva*, bastando liquidar e executar *sua parte individualizada*.

Esta determinação parece-nos lógica: se a sentença é *coletiva*, fruto de uma *decisão jurídico-coletiva* produzida no bojo de um procedimento específico (processo coletivo) instaurado pelo manejo de uma ação judicial coletiva (ajuizada por um dos legitimados coletivos), seu resultado só poderá trazer benefício ou prejuízo *ao grupo* que teve seu interesse levado ao conhecimento do Poder Judiciário, mas não aos membros do grupo em suas individualidades autopoieticas, pois eles poderão, quando bem entenderem, pleitear seus próprios direitos, demonstrando todas as suas *peculiaridades individuais* devidamente contextualizadas que, corretamente, não terão sido objeto de análise na ação coletiva.

De todo modo, é importante frisar que quando se judicializada a questão cabe tão somente ao Poder Judiciário, como organização central do sistema do direito<sup>232</sup> e dentro dos limites do caso concreto posto em juízo, realizar a inclusão ou não do grupo no subsistema social do direito.

Todavia, estejamos em nível processual ou não, ou seja, ocorra a comunicação jurídica no centro ou na periferia do sistema do direito, ainda hoje parece que não houve plena percepção desta diferenciação adicional na comunicação jurídica, que restou confirmada como uma semântica<sup>233</sup> jurídica mais explícita após a Segunda Guerra Mundial (tutela coletiva), com fortíssimas pressões inclusivas no sistema jurídico.

Uma das razões para isto, certamente, é a constatação de que, no Brasil, vivemos em um verdadeiro manicômio jurídico, não tanto em decorrência da quantidade de programas normativos (regras, princípios, procedimentos) que disciplinam o tema,<sup>234</sup> mas, sim, de uma gama de decisões jurídicas que simplesmente passam por cima da especificidade desta comunicação jurídica, ignorando a existência da diferenciação adicional, o que, na maioria das vezes, ocorre de maneira velada através da argumentação

---

<sup>232</sup> LUHMANN, Niklas. **A posição dos tribunais no sistema jurídico**. Revista da Ajuris, Porto Alegre, n. 49, jul. 1990, p. 149-168.

<sup>233</sup> A semântica é o patrimônio conceitual da sociedade. Em termos sociológicos, são sentidos condensados e reutilizáveis que estão disponíveis para a emissão de comunicação. Portanto, pode-se defini-la com referência aos conceitos de sentido (premissas de sentido dignas de serem conservadas na sociedade) e comunicação (temas que se conservam à disposição para a emissão da comunicação, ou seja, patrimônio de ideias que têm importância desde o ponto de vista comunicativo). CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Claudio. **Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann**. Tradução de Miguel Romero Perez e Carlos Villalobos, sob a direção de Javier Torres Nafarrate. Editorial Anthropos, 1996, p. 143-144.

<sup>234</sup> Razão que levou o tributarista Alfredo Augusto Becker, em 1963, a afirmar ocorrer no Brasil um fenômeno patológico-tributário, denominado manicômio jurídico tributário, que poderia ser sentido por todos os juristas. BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria geral do direito tributário**. São Paulo: Lejus, 1998, p. 02-07.

jurídica, considerando o sistema jurídico autossuficiente para resolver problemas que envolvem necessariamente observações de outros sistemas sociais, especialmente porque se está tratando de quantitativos de pessoas dispersos na dinamicidade do *sistema interacional*.

Desse modo, enveredar pelos caminhos da comunicação jurídico-coletiva exige uma postura menos normativista, menos autossuficiência do sistema jurídico, pela simples razão de que os grupos de pessoas que possibilitam a verificação de uma comunicação referida a coletividades, o que ocorre a partir da interação de pessoas presentes, estão exatamente naquilo que LUHMANN denomina de *sistema de interação*,<sup>235</sup> um dos três sistemas sociais, ao lado das organizações e da sociedade, que resultam do *contato entre pessoas presentes (face a face)*, portanto, sistemas sociais simples,<sup>236</sup> altamente dinâmicos e fugazes.

Podemos verificar, pois, uma binariedade no interior do sistema de interação (coletivo-individual) que torna possível indicar, por exemplo, um desses lados da forma (coletivo). O sistema de interação tem como elemento basal, assim como os demais sistemas sociais, a *comunicação*. Quando indicado o lado coletivo, temos a comunicação coletiva, que, eventualmente, pode ser reconstruída pela racionalidade do sistema do direito, fazendo a inclusão dos grupos referidos pela comunicação.

Para atualizar suas decisões na semântica da tutela coletiva, as organizações acopladas ao sistema do direito passam a necessitar dessas informações do sistema de interação para dar conta da hipercomplexidade ambiental e viabilizar uma decisão jurídica compatível com a estrutura social existente em um específico estágio de desenvolvimento social de uma sociedade.

Obviamente que essa necessidade que se impõe ao sistema jurídico não significa certeza quanto aos resultados alcançados pelos métodos científicos que estudam o sistema de interação. Com efeito, o sistema do direito pode simplesmente *não selecionar* a comunicação coletiva produzida no sistema de interação, ou seja, as demandas dos grupos podem não encontrar ressonância no sistema jurídico, mas este também pode selecionar total ou parcialmente a comunicação coletiva, construindo a *comunicação jurídico-coletiva*.

---

<sup>235</sup> LUHMANN, Niklas. **Organización y decisión**. Mexico: Editorial Herder, 2010, p. 45.

<sup>236</sup> LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociales**: lineamentos para una teoría general. Trad. Silvia Pappe y Brunhilde Erker. Coord. Javier Torres Nafarrate. Rubí (Barcelona): Anthropos; Mexico: Universidad Iberoamericana; Santafé de Bogotá: CEJA, Pontificia Universidad Javeriana, 1998, p. 185.

É importante ressaltar que quando fazemos alusão aos grupos não fazemos distinção entre grupos ou movimentos sociais que procuram sobrepor e confundir o direito, a política e a economia (*movimentos de integração*) ou grupos que utilizam os sistemas de funções de acordo com os elementos do sistema (*movimentos de desintegração*).<sup>237</sup>

Para nós, movimentos sociais ou, na terminologia de JOSÉ GERALDO DE SOUZA JÚNIOR, os “sujeitos coletivos de direito” são simplesmente grupos que, muito embora referidos em comunicações coletivas no interior do sistema interacional, não constituem propriamente um sistema social autopoietico.<sup>238</sup>

Com efeito, sendo grupos de pessoas ou, mais especificamente, *comunicação coletiva* os movimentos sociais – de protesto/integração ou de desintegração – já estão “insertos” em um dos sistemas sociais (sistema de interação).

Toda comunicação coletiva no interior do sistema de interação faz referência a algum grupo. Poderíamos, quando muito, considerar a rede recursiva de comunicações coletivas do sistema interacional como um “subsistema do sistema interacional”, *locus* esse dos movimentos sociais e quejandos.

De todo modo, estando no sistema de interação, a comunicação coletiva pode ser facilmente observada, por exemplo, pela sociologia que, por seu turno, pode metodologicamente informar tais observações ao sistema do direito, a fim de viabilizar uma decisão jurídico-coletiva mais adequada à sociedade e, principalmente, menos arriscada, a partir do momento em que permite uma maior aproximação dos afetados (grupos de pessoas) às organizações decisoras.

Os grupos de pessoas possibilitam a comunicação coletiva<sup>239</sup> e, frequentemente, pleiteiam inclusão no sistema jurídico ou, acreditando numa suposta primazia do direito, em outros sistemas funcionais da sociedade *através do sistema jurídico*, o que pode gerar enormes frustrações. Com a inclusão pleiteada, visam exatamente à ressonância no sistema

---

<sup>237</sup> Tais denominações foram cunhadas por Celso Fernandes Campilongo para tratar dos tipos de movimentos sociais que, para o autor, “se os movimentos sociais fazem a crítica da sociedade, os reclamos só podem ser dirigidos aos sistemas parciais que compõem a sociedade diferenciada funcionalmente. Os movimentos sociais se instalam nos sistemas de função e estabelecem modalidades de convívio com as operações dos sistemas funcionais de duas maneiras. É dessa binariedade que se pode aclarar a diferença entre movimentos de integração e movimentos de desintegração”. CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Interpretação do direito e movimentos sociais**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 103.

<sup>238</sup> Em sentido contrário, por todos: CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Interpretação do direito e movimentos sociais**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 61-71.

<sup>239</sup> Abordando o que denominada de ‘diálogo múltiplo’, Ciro Marcondes Filho assevera que “além da conversação entre duas pessoas [...] o diálogo pode realizar-se coletivamente em grupos de várias pessoas que se reúnem com alguma finalidade. Esse tipo de situação tem potencialmente altas chances de realizar a comunicação [...]”. MARCONDES FILHO, Ciro. **Para entender a comunicação**: contatos antecipados com a nova teoria. São Paulo: Paulus, 2008, p. 40.

do direito da comunicação coletiva produzida no sistema de interação. Nesse sentido, almejam a conversão da comunicação coletiva em comunicação *jurídico-coletiva*, que ocorre precisamente quando a comunicação coletiva que está no ambiente do sistema jurídico passa pelo filtro sistêmico do direito (codificação binária direito-não direito), ou seja, é selecionada, adquirindo sentido ou racionalidade jurídica.

Afinal de contas, como observa LUHMANN, “só se torna direito aquilo que passa pelo filtro de um processo e através dele possa ser reconhecido”.<sup>240</sup> E é justamente pela previsão dos direitos coletivos na CF-88 e nas variadas leis infraconstitucionais que os mais diversos grupos podem ser incluídos no sistema jurídico como titulares dos novos direitos, ou seja, “sujeitos coletivos de direito”. Nesta moldura, o acoplamento entre o subsistema funcional do direito e os grupos acontece sob a forma de *direitos coletivos previstos no direito objetivo*, da mesma forma que ocorre com a inclusão dos indivíduos no sistema jurídico.<sup>241</sup>

Desse modo, a decisão jurídico-coletiva codifica um determinado evento no qual ela vai decidir sob apenas duas alternativas tautológicas (coletivo-não coletivo; coletivo-individual) e sequencializa esta mesma codificação em uma estrutura, no caso, jurídica, pois antes de ser coletiva trata-se de uma decisão *jurídica*. Assim, “para decidir sobre a solução de um problema, a decisão precisa decidir entre várias alternativas para que só fiquem duas autoexcludentes (codificação binária)”.<sup>242</sup>

Tendo em vista que no plano operativo de um sistema não há qualquer contato com seu ambiente<sup>243,244</sup> – clausura operativa –, tornam-se necessários *acoplamentos operacionais*, ou seja, *momentâneos*<sup>245</sup> entre o sistema do direito e outros sistemas sociais para que o direito possa reduzir a complexidade do ambiente, produzindo decisões de

---

<sup>240</sup> LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito II**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p. 19.

<sup>241</sup> LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Mexico: Editorial Herder, 2005, p. 558.

<sup>242</sup> SIMIONI, Rafael Lazzarotto; MIRANDA, Daniela. **Direito, silêncio e corrupção**: um diálogo com Niklas Luhmann e Jürgen Habermas. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/9797>>. Acesso em: 1 jun. 2016.

<sup>243</sup> LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Mexico: Editorial Herder, 2007, p. 66.

<sup>244</sup> Conforme observa Luhmann, “it cannot communicate with the environment but it can and must necessarily communicate about the environment”. LUHMANN, Niklas. **The unity of the legal system**. In: *Autopoietic law: a new approach to law and society*. Berlin; New York: de Gruyter, 1987, p. 18.

<sup>245</sup> De acordo com Luhmann, existem duas variantes de acoplamentos operacionais: a *autopoiese* (produção de operações de um sistema por meio das operações do sistema; e a *simultaneidade entre sistema-ambiente*. Esta simultaneidade permite um acoplamento momentâneo das operações do sistema com aquelas que o sistema atribui ao ambiente. Tais acoplamentos são possíveis apenas nos intervalos de duração dos acontecimentos. LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Mexico: Editorial Herder, 2005, p. 508.

modo a preservar sua autonomia operativa e, simultaneamente, promover eventuais variações, adaptando-se ao ambiente intrassocial.

A decisão jurídico-coletiva, nesse sentido, depende dessas informações ambientais para que possa manter sua identidade jurídica, fazendo a diferença. Em outro português: para garantir sua autonomia em relação ao ambiente social, o sistema do direito depende das informações desse mesmo ambiente. Autonomia e independência. Fechamento e abertura. Eis o paradoxo necessário à decisão jurídico-coletiva mais adequada socialmente.

Novamente, em outras palavras: não se toma decisão jurídico-coletiva sem as informações do ambiente do sistema jurídico, pois do contrário ela simplesmente não teria mínima condição de, adequadamente, indicar o lado coletivo da forma.

Nesse sentido, tornam-se imprescindíveis as “janelas de comunicação” entre as interpretações de cada sistema.<sup>246</sup> Tornam-se fundamentais as pontes para os demais sistemas sociais, pois são exatamente elas que possibilitam que o sistema se (auto)irrite com as informações do ambiente, selecionando pelo filtro autopoietico apenas aquelas que produzem ressonância sistêmica. De outro modo, perderia sentido falar em expectativa *cognitiva* no sistema jurídico. O sistema ficaria sem chance de variar, de aprender e transformar suas estruturas.<sup>247</sup>

Justamente o fato de a comunicação coletiva poder ser observada no sistema de interação, ou seja, numa forma sistêmica passageira e altamente dinâmica, porque se constitui momentaneamente no aqui e agora da interação comunicativa entre presentes,<sup>248</sup> e não fazer referência individualizada a determinada pessoa, além de não raras vezes também necessitar de informações de outros sistemas sociais (ciência, religião, economia, saúde, educação etc.), é que torna a decisão jurídico-coletiva mais complexa, mais contingente e, conseqüentemente, exige maior sensibilidade na observação dos demais subsistemas funcionais da sociedade.

Concordamos que “os novos direitos não têm a ver com as velhas disputas a respeito da divisa entre dois imóveis vizinhos, nem com as velhas cobranças de dívidas inadimplidas. [...] Entre uma visão simplista e outra complexa, os novos direitos se colocam melhor nas pressões da complexidade – e os velhos nas pressões da

---

<sup>246</sup> CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Interpretação do direito e movimentos sociais**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 161.

<sup>247</sup> LUHMANN, Niklas. **Operational closure and structural coupling**: the differentiation of the legal system. *Cardoso Law Review*, 13, 1992, p. 1.433.

<sup>248</sup> VIANA, Ulisses Schwarz. **Direito e justiça em Niklas Luhmann**: complexidade e contingência no sistema jurídico. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2015, p. 61.

simplicidade”,<sup>249</sup> decorrência das necessárias observações que devem ser realizadas dos demais sistemas funcionais para que os centros decisórios tomem decisões jurídico-coletivas.

Esta maior complexidade da comunicação jurídico-coletiva, que reflete diretamente nas organizações por ocasião da tomada da decisão jurídico-coletiva, tem relação direta com a especificidade desta comunicação ou, ainda, com a novidade *jurídica* dos “novos direitos”, que, para nós, todavia, não está propriamente na existência de uma programação finalística do sistema do direito,<sup>250</sup> mas na necessária dependência da observação de outros sistemas (especialmente, o sistema de interação e o sistema da ciência) para que a organização acoplada ao sistema jurídico possa tomar a decisão.

Essa necessária dependência da decisão jurídico-coletiva em relação às informações do ambiente do sistema do direito é, paradoxalmente, a condição de possibilidade de sua independência, de sua autonomia e identidade frente à decisão jurídica que indica o lado individual da forma.

O fato de advogarmos a imprescindibilidade da decisão em relação às informações de outros sistemas sociais não significa qualquer determinismo ambiental no sistema jurídico e nem, necessariamente, qualquer corrupção de códigos por parte da decisão,<sup>251</sup>

---

<sup>249</sup> PEREIRA, Agostinho Oli Koppe; SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **A especificidade dos novos direitos na multiplicidade de suas referências**. Revista Sequência, n. 56, jun. 2008, p. 233.

<sup>250</sup> Para Agostinho Oli Koppe Pererira e Rafael Lazzarotto Simioni, “novos direitos são direitos dotados de programação finalística – daí a sua complexidade”. PEREIRA, Agostinho Oli Koppe; SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **A especificidade dos novos direitos na multiplicidade de suas referências**. Revista Sequência, n. 56, jun. 2008, p. 235.

<sup>251</sup> De acordo com Daniela Miranda e Rafael Simioni, “para um relacionamento sistêmico entre a corrupção e o sistema jurídico, a observação precisa ir além das condutas de pessoas corruptas. Precisa observar a corrupção como um evento desvinculado linearmente das condutas de pessoas. Precisa observar a corrupção como *comunicação*. [...] O direito e a corrupção passam a poder ser observados como formas de comunicação da sociedade [...]”, sendo que a corrupção pode ser observada “quando uma instância de decisão competente para produzir operações de um sistema efetua essas operações com base no código operacional de outro sistema. em outras palavras, ocorre corrupção quando uma decisão política, por exemplo, decide um caso sob critérios extrapolíticos (jurídicos, econômicos, ecológicos, religiosos, éticos, científicos, educativos...). [...] Uma decisão corrupta é, por exemplo, uma decisão judicial (sistema de organização judiciária) que, ao invés de decidir sob a diferença direito-não direito, decide com base na diferença lucro-prejuízo (economia), sustentável-não sustentável (ecologia), amigo-inimigo (afetividade), situação-oposição (política), moral-imoral (ética) etc. A diferenciação funcional de cada sistema da sociedade garante a unidade operacional como unidade da diferença entre identidade e diferença. Qualquer violação a essa diferença, provocada por uma instância de decisão, pode então ser chamada de corrupção”. Além disso, esclarecem os autores que “não é o sistema que se corrompe, mas sim a decisão que opera fora do respectivo sistema”. SIMIONI, Rafael Lazzarotto; MIRANDA, Daniela. **Direito, silêncio e corrupção: um diálogo com Niklas Luhmann e Jürgen Habermas**. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/9797>>. Acesso em: 1 jun. 2016.

discricionariedade<sup>252</sup> ou o que poderíamos denominar “ativismo representacional alopoiético”.<sup>253</sup>

Afinal, como dito, o sistema do direito pode simplesmente não conhecer as demandas ambientais por falta de embasamento jurídico. Assim, pode não selecionar as mesmas seleções dos outros sistemas sociais ou, ainda, reconstruir a informação ambiental a partir de sua própria racionalidade sistêmica, fazendo referência ao seu específico código, mas oferecendo interpretação nova e apta a alargar os horizontes de possibilidades das estruturas jurídicas. O sistema jurídico, mesmo dependente das informações do ambiente, continua processando internamente essas mesmas informações com sua filtragem autopoietica, do contrário não estaríamos mais diante de uma operação *jurídica*.

Nesse sentido, observa LUHMANN que:

O sistema jurídico limita-se a produzir, antes de tudo, a distinção, para sustentar a sua orientação em direção à própria unidade (direito é direito), mediante a orientação para o código binário direito-não direito (positivo-negativo) do sistema. [...] A referência a esse código atribui a tal sistema uma estrutura de comunicação. *O eventual uso de um outro código não seria inadmissível, mas a operação deixaria de ser uma operação interna do sistema jurídico.*<sup>254</sup> (Grifos nossos.)

---

<sup>252</sup> Aqui, valemo-nos especificamente da lição de Georges Abboud quando assevera que “discricionariedade e direito não coabitam o mesmo espaço [...], afinal, quando admitimos o uso da decisão discricionária, automaticamente, afirmamos que essa decisão poderá ser pautada por critérios não jurídicos. Assim, se discricionária é a decisão que não se pauta por critério jurídicos, temos que é o ambiente do antidireito – ainda que se fundamente por ‘justo’. [...] Quando a discricionariedade entra, o direito sai; quando termina um, inicia-se o outro. [...] A decisão discricionária é uma decisão de poder, não jurídica, pautada na subjetividade do intérprete, logo, não pode ser subsumida a nenhuma racionalidade jurídica”. ABBOUD, Georges. **Onde a discricionariedade começa, o direito termina**: comentário ao voto proferido por Alexandre Freitas Câmara sobre penhora *on-line*. Revista de Processo, v. 251, p. 161-173, jan. 2016.

Assim, de acordo com a perspectiva do autor, uma decisão discricionária nada mais é do que, em termos sistêmicos, uma decisão *corrupta*. Abordando a primeira parte do art. 8º do CPC-2015, Ulisses Schwarz Viana é taxativo ao asseverar ser insustentável “que o legislador processual civil tenha conferido *uma carte blanche* (discricionariedade judicial aberta) para aplicar o ordenamento jurídico sem uma limitação trazida pela *racionalidade do próprio sistema jurídico*”. VIANA, Ulisses Schwarz. **O novo processo civil e os postulados do atendimento dos fins sociais e exigências do bem comum (primeira parte do art. 8º do NCPC)**: uma leitura à luz da teoria dos sistemas – Novo CPC: análise doutrinária sobre o Novo Direito Processual Brasileiro. v. 1. Campo Grande: Editora Contemplar, 2015, p. 80.

<sup>253</sup> A expressão remete a atuações de “representantes adequados” (no caso do Brasil, os legitimados ativos ao acordo coletivo/ação coletiva), que, em nome das organizações que tomam decisões jurídico-coletivas, levam em consideração códigos binários *alheios* ao direito para a tomada da decisão jurídica. Aqui, não há o filtro sistêmico do direito. Buscamos inspiração na expressão “ativismo judicial alopoiético”, cunhada por Ulisses Schatz Viana.

<sup>254</sup> LUHMANN, Niklas. **A constituição como aquisição evolutiva**. Tradução realizada por Menelick de Carvalho Netto a partir do original (Verfassung als evolutionäre Errungenschaft. *Rechthistorisches Journal*, v. IX, 1990, p. 176 a 220), cotejada com a tradução italiana de F. Fiore (La costituzione come acquisizione evolutiva. *In*: ZAGREBELSKY, Gustavo; PORTINARO, Pier Paolo; LUTHER, Jörg. *Il Futuro della Costituzione*. Torino: Einaudi, 1996).

Para nós, a programação condicional no âmbito da comunicação coletiva, pelo próprio “se” da relação “se-então”, não só possibilita mas exige uma maior abertura cognitiva do sistema do direito para se indicar o lado interno da forma coletivo-individual.

A decisão jurídico-coletiva não renuncia à programação condicional, até mesmo porque “não há como o direito cumprir sua função de generalização de expectativas normativas sem uma programação condicional que simplifique a seleção das expectativas normativas no complexo de expectativas da sociedade, diferenciando as expectativas normativas das cognitivas”.<sup>255</sup>

Nesse sentido, o art. 225, *caput*, da CF-88 é emblemático ao estabelecer que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo não apenas para os presentes, mas, igualmente, para as *futuras* gerações. O direito, isoladamente, não consegue, de maneira satisfatória, resolver este aspecto transgeracional exigido pelo texto constitucional.

Este dispositivo é uma boa evidência de que quando se está no âmbito da decisão jurídico-coletiva o “se” que estrutura a programação condicional pressupõe maior abertura cognitiva, exigindo um olhar para fora do sistema do direito, uma observação hererorreferencial do sistema jurídico que se abra às informações dos demais sistemas sociais, ainda que ao final a seleção pelo sistema do direito seja contingencial e que a decisão jurídica seja sempre *ceteris paribus*, até mesmo porque, como adverte LUHMANN, existe apenas um breve momento de tempo em que é possível para um sistema ver aquilo que os outros fazem, de sorte que nesse momento *apenas algo da complexidade* se pode considerar e processar.<sup>256</sup>

Nesse sentido, reforçado pela regra de ouro da prevenção, “o direito ambiental opera com um programa condicional que permite à decisão jurídica observar, no presente, se um evento do ambiente é direito ou não direito no futuro que ainda não ocorreu”.<sup>257</sup>

Deve ser bem frisado que esta não é uma particularidade apenas do direito ambiental, mas de qualquer decisão jurídica no âmbito dos chamados direitos de grupos, ou seja, *da própria comunicação jurídico-coletiva*, que, conforme os programas jurídicos, prima justamente pela ideia de *prevenção* do dano<sup>258</sup> (v.g. art. 4º da LACP, art. 6º, inciso

---

<sup>255</sup> SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Direito ambiental e sustentabilidade**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 152.

<sup>256</sup> LUHMANN, Niklas. **Confianza**. Rubí (Barcelona): Anthropos Editorial, 2005, p. 39.

<sup>257</sup> SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Direito ambiental e sustentabilidade**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 154.

<sup>258</sup> Nesse sentido, por todos: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **A proteção jurídica dos interesses coletivos**. In: *Temas de direito processual (Terceira Série)*. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 173-181;

VI do CDC, art. 4º, §1º e art. 5º do Estatuto do Idoso, art. 25, inciso IV da Lei Federal n. 8.625/1993).<sup>259</sup>

Nesta moldura, a ideia de prevenção pressupõe, necessariamente, *a delimitação do(s) grupo(s) que poderá sofrer o dano em decorrência da decisão*, pois não há como prevenir sem conhecer as informações do grupo de pessoas que produz comunicação coletiva no sistema de interação.

Noutro giro verbal: simplesmente não é possível uma decisão jurídico-coletiva sem estas informações ambientais, sob pena de a decisão se desdiferenciar, de não fazer a diferença, sequer podendo construir juridicamente (indicar) o lado coletivo da forma.

A decisão jurídico-coletiva, portanto, deve ser observada nesta complexidade policontextural, na qual os vários sistemas funcionais da sociedade atuam em pé de igualdade, heterarquicamente.

Não há como o sistema jurídico escapar desta policontexturalidade. Esta é a especificidade da comunicação jurídico-coletiva ou dos “novos direitos” que acarreta, conseqüentemente, a assunção de *maiores riscos*. Certamente uma peculiaridade da própria programação condicional desses direitos.

Há quem entenda que a especificidade dos direitos de grupos estaria na programação *finalística* à satisfação da opinião pública, que, a despeito de poder comprometer a identidade funcional do direito, teria o condão de abrir a decisão jurídica para o futuro, colocando-a “de cara com o risco, com a imprevisibilidade, com a sempre presente possibilidade de frustração e arrependimento”, não importando mais o que efetivamente ocorreu, mas, sim, aquilo que poderia ter ocorrido ou que, se forem mantidas as mesmas condições, presumivelmente ocorrerá”.<sup>260</sup>

---

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. **Da tutela preventiva dos direitos difusos pelo Ministério Público**. Revista Justitia, São Paulo, v. 47, n. 131, p. 279-289, São Paulo, set. 1985.

<sup>259</sup> Falando especificamente sobre o direito ambiental e o direito do consumidor, Rafael Lazzarotto Simioni observa que tais direitos “não operam apenas com referência ao passado da norma e do fato. Operam também com referência ao futuro: ao direito das futuras gerações, à precaução e à prevenção diante de riscos e perigos ecológicos, ao reequilíbrio de relações jurídicas desequilibráveis por motivos econômicos, à segurança futura da incolumidade física, psíquica e jurídica do consumidor etc. [...] Esses dois novos direitos orientam a argumentação jurídica também para o futuro, um futuro que ainda não aconteceu e que é, assim, projetado ou imaginado como um fundamento real e atual para a justificação das decisões jurídicas”. SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Decisão jurídica e as fronteiras da normatividade**: os suplementos da argumentação jurídica no campo do direito ambiental e do direito do consumidor. In: PEREIRA, Agostinho Oli Koppe; HORN, Luiz Fernando Del Rio (Orgs.). Relações de consumo: meio ambiente. Caxias do Sul: Educs, 2009, p. 212.

<sup>260</sup> SIMIONI, Rafael Lazzarotto; PEREIRA, Agostinho Oli Koppe. **A especificidade dos novos direitos na multiplicidade de suas referências**. Revista Sequência, n. 56, jun. 2008, p. 235 e 240.

Ao nosso sentir, não seria o caso de o sistema jurídico operar com programas finalísticos, ainda que conjuntamente com programas condicionais,<sup>261</sup> pois isto realmente teria a perigosa e alta possibilidade de abalar, quando não destruir, a autonomia do sistema do direito.<sup>262</sup>

Além disso, não vemos valia nesta mescla de programações no sistema do direito, até porque, como dito, no âmbito dos direitos de grupos a programação condicional já possui uma forma mais aberta que possibilita a inclusão de eventos futuros<sup>263</sup> (v.g. o direito ambiental com seu enfoque transgeracional – CF-88, art. 225, *caput*), possibilitando a variabilidade sistêmica sem abrir mão da redundância.

A inviabilidade de programas finalísticos no sistema do direito teria um argumento de reforço para países de modernidade periférica, especificamente quando se passa a pôr em xeque a autonomia do sistema do direito e sua autopeiose diante dos códigos da economia, da política, das “boas relações”<sup>264</sup> e de uma interpretação jurídica fulcrada na “hermenêutica da cordialidade”.<sup>265</sup>

Nesse contexto, aumentam-se, desnecessariamente, riscos de ativismos representacionais alopoiéticos por parte dos sistemas de organização acoplados ao sistema do direito que tomam decisões jurídico-coletivas em acordos coletivos, ou seja, de corrupções de códigos no sistema jurídico<sup>266</sup> que podem ir paulatinamente minando a autonomia do sistema jurídico.

---

<sup>261</sup> Para Rafael Simioni o direito ambiental teria uma programação simultaneamente condicional e finalística, cuja unidade seria denominada de “orientação às consequências”. SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Direito ambiental e sustentabilidade**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 157-164.

<sup>262</sup> Para Ulisses Viana, “o problema decisório no sistema jurídico emerge quando as decisões judiciais se afastam de seu papel condicional e *alopoieticamente* o transmudam-se em função finalística [...]”. VIANA, Ulisses Schwarz. **O novo processo civil e os postulados do atendimento dos fins sociais e exigências do bem comum (primeira parte do art. 8º do NCPC)**: uma leitura à luz da teoria dos sistemas – Novo CPC: análise doutrinária sobre o Novo Direito Processual Brasileiro. v. 1. Campo Grande: Editora Contemplar, 2015, p. 102.

<sup>263</sup> SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Direito ambiental e sustentabilidade**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 155.

<sup>264</sup> NEVES, Marcelo. **Do pluralismo jurídico à miscelânea social**: os problemas da falta de identidade da(s) esfera(s) de juridicidade na modernidade periférica e suas implicações na América Latina. *Revista Direito em Debate*, v. 4, n. 5, 1995, p. 17-18.

<sup>265</sup> GONÇALVES, Guilherme Leite. **Função interpretativa, alopoiese do direito e hermenêutica da cordialidade**. Rio de Janeiro. *Revista Direito e Práxis*, v. 1, n. 1, 2010, p. 16-31.

<sup>266</sup> De acordo com Rafael Lazzarotto Simioni “o problema da corrupção do código surge, portanto, quando uma instância de decisão acoplada estruturalmente a um sistema produz operações de outro sistema. Uma decisão corrupta é, por exemplo, uma decisão judicial (sistema de organização judiciária) que, ao invés de decidir sob a diferença direito-não direito, decide com base na diferença lucro-prejuízo (economia), sustentável-não sustentável (ecologia), amigo-inimigo (afetividade), situação-oposição (política), moral-imoral (ética) etc. Como também será corrupta uma decisão bancária que não operou com base no código lucro-prejuízo, mas no código direito-não direito, poder-sujeição, moral-imoral etc. A diferenciação funcional de cada sistema da sociedade garante a unidade operacional como unidade da diferença entre

Como afirmamos há pouco, para que a decisão jurídico-coletiva possa se abrir para um futuro, arriscando-se mais, basta apenas que o sistema jurídico interprete a programação condicional, exatamente através do condicionante “se”, de modo que tenha abertura cognitiva suficiente para receber as informações do ambiente aptas para a adequada delimitação do(s) grupo(s) e definição de seu(s) interesse(s) a ser(em) levado(s) em consideração pela organização no momento da tomada de decisão.

Nesse sentido, verifica-se que no âmbito da comunicação jurídico-coletiva trabalha-se, mesmo exclusivamente com a programação condicional, com elevadíssimas contingências *entre os sistemas sociais* (portanto, *dupla-contingência*) e, conseqüentemente, altos riscos, à vista da necessidade e dependência da decisão jurídico-coletiva com seu ambiente (demais sistemas sociais). Afinal, “há uma estrutura jurídica favorável para isso no programa condicional dos novos direitos”.<sup>267</sup>

Assim, de um lado as organizações do sistema do direito tomam decisões jurídico-coletivas e assumem (altos) riscos, idealizam um futuro que ainda não existe, criam um futuro para validar decisões arriscadas no presente, sempre “em benefício” de quantitativos (inco)mensuráveis de pessoas que produzem comunicação coletiva no interior do sistema de interação.

Não raras vezes, o(s) grupo(s) fica(m) totalmente à mercê desta decisão jurídica, sem ser(em) previamente “consultado(s)”, submetendo-se ainda mais fortemente aos riscos das decisões, ocasião em que desponta justamente o *deficit* coletivo na decisão jurídica, que nada mais é que a insensibilidade do sistema do direito, a desdiferenciação da decisão jurídico-coletiva. Com efeito, “os que tomam decisões na esfera funcional do direito, muitas vezes, não percebem a responsabilidade ligada à necessidade do controle do risco”.<sup>268</sup>

Mesmo orientada pela programação condicional, a decisão jurídico-coletiva se abre às prestações de outros sistemas sociais, pois todos compartilham do *mesmo elemento de sentido* (comunicação), tornando-se indispensável, assim, os acoplamentos intersistêmicos

---

identidade e diferença. Qualquer violação a essa diferença, provocada por uma instância de decisão, pode então ser chamada corrupção”. SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Direito ambiental e sustentabilidade**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 178.

<sup>267</sup> SIMIONI, Rafael Lazzarotto; ROCHA, Leonel Severo. Perícias técnicas, decisões jurídicas e gestão em sistemas setoriais no contexto dos novos direitos. *In*: ROCHA, Leonel Severo; DUARTE, Francisco Carlos (Coords.). **Direito ambiental e autoipoiese**. Curitiba: Juriá, 2012, p. 205.

<sup>268</sup> VIANA, Ulisses Schwarz. **O novo processo civil e os postulados do atendimento dos fins sociais e exigências do bem comum (primeira parte do art. 8º do NCPC)**: uma leitura à luz da teoria dos sistemas – Novo CPC: análise doutrinária sobre o Novo Direito Processual Brasileiro. v. 1. Campo Grande: Editora Contemplar, 2015, p. 106.

para a redução desta gigantesca complexidade ambiental e, conseqüentemente, aumento da complexidade interna do sistema jurídico.

Abrindo-se, também, ao sistema de interação, o sistema do direito pode se estimular pelas análises empíricas sociológicas que analisam os diversos discursos dos grupos e selecionam comunicações coletivas.

Ao nosso sentir, esta relação indireta com o sistema de interação aproximaria os grupos afetados às decisões jurídicas, reduzindo o risco da decisão jurídico-coletiva, ainda que tudo isto ocorra contingencialmente, como veremos ainda neste capítulo.

De todo modo, é importante dizer, a falta de observância desta diferenciação secundária na comunicação jurídica (coletivo-individual) bloqueia a heterorreferência deste sistema, impedindo sua evolução e cegando-o para as necessárias relações intersistêmicas, impedindo-o de observar e usufruir das possíveis prestações de outros subsistemas. O sistema jurídico, nessa trilha, caminharia para um *solipsismo autodestrutivo*.

Qualquer comunicação jurídica no âmbito dos grupos deverá ter, necessariamente, o valor positivo (ou designativo) do *coletivo* – ainda que se leve em conta o outro lado da forma (*individual*) como um valor reflexivo –, podendo estar eventualmente inserida em algum contexto específico definido por algum programa decisório (lei), em que a comunicação passa a ser *tematizada* (v.g. relação de consumo, meio ambiente, pessoa com deficiência, idoso, criança, adolescente, jovem, saúde/educação coletiva, investidores no mercado de valores mobiliários, improbidade administrativa etc.).

A comunicação jurídico-coletiva deve fazer a diferença, indicando sempre um dos lados da forma (coletivo), de modo que o sistema jurídico possa construir essa diferença por suas próprias operações, mas sempre e necessariamente autoirritando-se com as informações do ambiente, através dos necessários acoplamentos intersistêmicos.

Por outro lado, essa comunicação jurídico-coletiva é, *via de regra, especialmente tematizada* no interior do sistema do direito a partir de programas decisórios que versam sobre este específico modo de inclusão no sistema do direito.

Falamos *via de regra especialmente tematizada* porque há *policontextualidades* desta comunicação jurídica, à vista dos variados programas decisórios que versam sobre direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, com temas diversos e significativas diferenças (v.g. legitimidade ativa para a ação coletiva, competência), comumente

desprezadas pela dogmática, que acaba *não policontextualizando os diversos policontextos*.<sup>269</sup>

A gama de programas específicos no sistema do direito tematizando a forma coletiva (v.g. Lei da Ação Civil Pública, Lei da Ação Popular, Código de Defesa do Consumidor, Estatuto da Criança e do Adolescente, Estatuto do Idoso, Lei de Proteção ao Investidor no Mercado de Capitais, Lei de Improbidade Administrativa, Estatuto da Pessoa com Deficiência etc.) permite facilmente que seja identificada esta policontextualidade da comunicação jurídico-coletiva, levando o observador a construções policontextuais, levando a *fragmentações organizacionais internas*<sup>270</sup> que se especializam cada vez mais de acordo com cada temática.

É lugar-comum na doutrina brasileira deparar com entendimentos no sentido de que há um *único microssistema* entre o CDC e a LACP, verdadeira simbiose, absoluta integração entre os referidos diplomas legais, formando um sistema processual de tutela jurisdicional coletiva.<sup>271</sup>

Tal afirmação, segundo pensamos, sempre padeceu de excesso de generalidade, devendo ser recebida *cum grano salis*.

Em verdade, ao observar o processo civil coletivo no Brasil, deparamos com vários programas decisórios ou “microssistemas”, os quais contêm regras materiais e processuais, seja para a proteção jurídica específica de determinada categoria escolhida pelo legislador (criança, adolescente, idoso, jovem, torcedor, pessoa com deficiência, consumidor, investidor no mercado de capitais, mulher vítima de violência doméstica ou familiar, pessoa negra vítima de discriminação racial etc.), seja em virtude da própria matéria legislada (relações jurídicas de emprego e trabalho, improbidade administrativa, parcelamento do solo, meio ambiente, patrimônio histórico e cultural etc.).

À vista desta policontextualidade (múltiplos contextos) e policentrismo (múltiplos

---

<sup>269</sup> Seguindo a diferenciação observada por Ulisses Schwarz Viana entre *policontextualidade* (quadro policontextual preexistente e externo) e *policontextualidade* (construção do próprio observador que os utiliza como limites de seu modo de observar). VIANA, Ulisses Schwarz. **Direito e justiça em Niklas Luhmann: complexidade e contingência no sistema jurídico**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2015, p. 232, nota de rodapé n. 355.

<sup>270</sup> Um claro exemplo desta fragmentação organizacional no Brasil é a quantidade crescente de promotorias de justiça especializadas dentro do Ministério Público para tratar de temáticas específicas (v.g. promotoria do idoso, promotoria da infância e juventude, promotoria do meio ambiente, promotoria do consumidor, promotoria de direitos humanos, promotoria da cidadania, promotoria do patrimônio público etc.).

<sup>271</sup> ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 582.

BESSA, Leonardo Roscoe. **Aplicação do Código de Defesa do Consumidor: análise crítica da relação de consumo**. Brasília: Brasília Jurídica, 2007, p. 383.

centros), deve-se atentar para as eventuais diferenciações feitas por cada um desses “microssistemas”. É como se no “subsistema processual civil coletivo”, um “subsistema do sistema do direito”, existissem *vários subsistemas internos*.

Aqui chamamos a atenção especificamente para a existência de antinomias jurídicas, que a dogmática no geral faz vista grossa, valendo-se de uma ideia absoluta de “microssistema único”, ignorando os necessários e diversos contextos que envolvem crises no âmbito dos direitos de grupos.

Não há, pois, um centro único nesse “subsistema processual civil coletivo”, mas *vários centros*, que mantêm constantes inter-relações.

Aliás, a existência desses vários centros aumenta a possibilidade de antinomias, que são suscetíveis de resolução pelos critérios tradicionais, mormente a especialidade, sempre a partir do problema faticamente apresentado, até mesmo porque não há qualquer hierarquia ou especialidade, *em tese*, entre esses “microssistemas”.

Não há como negar que há indiscutíveis peculiaridades numa relação jurídica que envolva questões relacionadas ao meio ambiente ou, por exemplo, em conflitos versando relação de consumo, investidores no mercado de valores mobiliários, pessoas com deficiência, crianças, adolescentes ou pessoas idosas. As especificidades de cada um desses contextos não podem ser ignoradas.<sup>272</sup> Não se pode colocar todos esses diversos contextos em um único “microssistema de processo coletivo”.

A *sistematização* da comunicação jurídico-coletiva, ou seja, dos programas decisórios que versam sobre tutela coletiva, dá azo ao que poderíamos chamar de “sistema dos direitos de grupos”, que envolveria tanto o sistema processual coletivo (civil, penal, trabalhista, eleitoral etc.) como aquele fora da arena jurisdicional.

Quando falamos em “sistema dos direitos de grupos”, evidentemente, não estamos fazendo alusão a uma estrutura autônoma e interdependente dos demais subsistemas sociais que integram a sociedade. A noção de sistema, aqui, não é da teoria dos sistemas autopoieticos, mas no sentido tradicional, de mera reunião de objetos e seus atributos (repertório ou elementos) relacionados entre si, de acordo com determinadas regras (estrutura ou relações),<sup>273</sup> portanto, de simples *sistematização dos programas decisórios que se referem a grupos de pessoas*.

---

<sup>272</sup> Para uma abordagem específica nesse sentido: CÂNDIA, Eduardo Franco. **Legitimidade ativa na ação civil pública**. Salvador: Juspodivm, 2013.

<sup>273</sup> FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Teoria da norma jurídica**. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 140.

VILANOVA, Lourival. **As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo**. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 172-173.

É importante dizer que a forma coletivo-individual passa por *toda comunicação jurídica*, assim como, por exemplo, a forma válido-inválido, constitucional-inconstitucional. Tudo ocorre no interior do subsistema social do direito que, artificialmente, cria esta distinção através de suas próprias operações jurídicas e seus programas.

No rigor da teoria luhmanniana, todas as leis que formam o “sistema dos direitos de grupos” são programas decisórios que, dando conteúdo à invariável codificação do sistema do direito<sup>274</sup> (direito-não direito), complementam a distinção principal do sistema por meio de uma segunda distinção (coletivo-individual).

Na comunicação jurídico-coletiva, portanto, o código binário do sistema do direito fica indexalizado a situações envolvendo coletividades, ou seja, a seleção sempre indica o lado coletivo da forma.

Em verdade, quando lançamos luzes na comunicação jurídico-coletiva nada mais fazemos do que *observar diferenças comunicacionais dentro do sistema do direito*, num importante desencadeamento de seletividades pelo sistema jurídico, que aumentam sua complexidade interna.

Isto permite não apenas uma melhor observação das comunicações jurídicas, mas principalmente a acentuar que o subsistema social do direito comunica o código binário direito-não direito de forma contextualizada, o que, ao nosso sentir, tem enorme relevância para que o sistema do direito cumpra sua função diferenciada de construir sentidos que generalizem congruentemente expectativas normativas e, especialmente, para a tomada de decisões jurídicas menos arriscadas (legítimas) por parte das organizações que atualizam decisões jurídico-coletivas.

Parece-nos bastante evidente que não se pode adjudicar o código do direito sem levar em conta as especificidades comunicativas existentes no interior desse subsistema social, o que, ao fim e ao cabo, é a própria razão de ser da programação condicional do sistema do direito a que se refere LUHMANN.<sup>275</sup>

O direito não serve para evitar conflitos. É especializado em *decidir conflitos*, mas não os resolve nem os elimina.<sup>276</sup> Pelo contrário, pode provocar um incremento considerável de probabilidades de conflitos e é justamente nessa perspectiva que releva a

---

<sup>274</sup> LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Mexico: Editorial Herder, 2005, p. 263.

<sup>275</sup> LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Mexico: Editorial Herder, 2005, p. 253-273.

<sup>276</sup> CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Interpretação do direito e movimentos sociais**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 38.

importância da observação da complexidade interna do direito e da necessidade de se adjudicar o código do direito de forma contextualizada, pois o direito apenas visa evitar a aparição violenta de um conflito, bem como colocar à disposição a forma de comunicação adequada para cada conflito.<sup>277</sup>

Assim, para decidir conflitos envolvendo grupos, a forma de comunicação adequada só pode ser uma: a comunicação jurídico-coletiva, mais especificamente ainda, a decisão jurídico-coletiva, sendo a única que pode indicar o lado coletivo da forma.

Como já afirmado e ao contrário do que se poderia imaginar, o outro lado da forma, ou seja, o individual, como a negação do coletivo na comunicação jurídica e exclusão daquilo que não está apto ao encadeamento na rede recursiva das comunicações jurídico-coletivas, produzindo ressonância no sistema, “exerce um papel de filtro de informações advindas do ambiente, sendo, assim, recurso necessário à construção de uma estrutura interna ao sistema dotada de complexidade adequada, de complexidade suportável [...] com vistas à conformação de modelos dogmáticos e jurídicos de decisões consistentes”.<sup>278</sup>

Esta ideia mostra que o lado externo da forma (individual) é tão *imprescindível* quanto o lado interno (coletivo), até porque do contrário não haveria a diferença. O coletivo, portanto, é apenas o outro lado da forma e é justamente quando se observa as duas caras desta forma que podemos concluir não haver preponderâncias ou hierarquias do coletivo sobre o individual ou vice-versa, ao contrário do que muitas decisões jurídicas deixam transparecer, o que ocorre, por exemplo, quando são invocados, à guisa de “princípios” ou “sobrepincípios”, a “supremacia do interesse público sobre o privado” e, mais especificamente ainda, a “indisponibilidade dos direitos transindividuais”,<sup>279</sup> como axiomas absolutos e incondicionais que ainda ressoam com muita força retórica nos meios jurídicos, o que demonstra alguns mitos que já poderíamos ter superado.<sup>280</sup>

---

<sup>277</sup> LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociais: lineamentos para una teoría general**. Trad. Silvia Pappe y Brunhilde Erker. Coord. Javier Torres Nafarrate. Rubí (Barcelona): Anthropos; Mexico: Universidad Iberoamericana; Santafé de Bogotá: CEJA, Pontificia Universidad Javeriana, 1998, p. 338.

<sup>278</sup> VIANA, Ulisses Schwarz. **Direito e justiça em Niklas Luhmann: complexidade e contingência no sistema jurídico**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2015, p. 219.

<sup>279</sup> Refutando esta ideia bastante arraigada na doutrina de que não caberia concessões recíprocas quando em questão interesses de coletividades e defendendo a busca da “melhor solução” ou “solução mais adequada ao caso”, ainda que mediante concessões recíprocas realizadas em acordo coletivo: NERY JÚNIOR, Nelson. **Transação – Ação Civil Pública. Soluções Práticas de Direito**, v. 5. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 477-548.

<sup>280</sup> ABOUD, Georges. **O mito da supremacia do interesse público sobre o privado: a dimensão constitucional dos direitos fundamentais e os requisitos para se autorizar restrição a direitos fundamentais**. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 907, mai. 2011, p. 16, 22-23.

BAHIA, Alexandre Melo Franco; GOMES, Renata Nascimento. **Apontamentos sobre o interesse público e sua aplicação da fundamentação das decisões judiciais – Da (in)adequação da supremacia absoluta do**

Estamos de acordo, pois, com GEORGES ABOUD quando sustenta que “a fórmula que postula a sempre primazia do interesse público sobre o particular é uma simplificação errônea e frequente do problema que existe entre o interesse público e os direitos fundamentais. O erro consiste justamente porque os direitos fundamentais são constitutivos, tanto para o indivíduo como para a comunidade”.<sup>281</sup>

Pegando carona nesta lição, podemos dizer que, além de não haver esta sobreposição hierárquica do coletivo sobre o individual, até mesmo porque os direitos fundamentais constituem os dois, a questão da “indisponibilidade dos direitos transindividuais” apenas revela uma má-compreensão da necessária atuação representacional da organização da periferia do sistema jurídico na atualização das decisões jurídico-coletivas, pois se há esta representação adequada do grupo não há porque temer a decisão jurídico-coletiva.

Tanto o coletivo como o individual podem ser observados empiricamente no sistema de interação. Todavia, pela teoria dos sistemas autopoieticos nenhum sistema se comunica com seu ambiente (superação do modelo sistêmico *input-output*), mas apenas *sobre* ele,<sup>282</sup> e nem mesmo há uma comunicação *direta* entre os subsistemas sociais, em razão da autorreferência específica de cada um deles (clausura operativa).

Assim, o sistema do direito não consegue, sozinho, construir o sentido da decisão jurídico-coletiva, sendo indispensável a abertura para a complexidade e a dinamicidade existente no sistema de interação, âmbito no qual pessoas, *coletivamente*, se mantêm em interação presencial.

Esta abertura cognitiva do sistema do direito em relação a outros sistemas sociais, especialmente ao sistema de interação, possibilitando irritações e estimulações recíprocas, torna possível a existência de ressonâncias no sistema jurídico, podendo eventualmente gerar modificações em sua estrutura.

É preciso frisar com letras fortes que o fato de toda a obra de LUHMANN representar “um esforço descomunal de abstração dirigido a manter o fenômeno comunicativo isolado

---

interesse público no constitucionalismo pós-88. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, Belo Horizonte, ano 11, n. 13, jan.-jul. 2013.

<sup>281</sup> ABOUD, Georges. **Discricionariedade administrativa e judicial**: o ato administrativo e a decisão judicial. São Paulo: RT, 2014, p. 201.

<sup>282</sup> LUHMANN, Niklas. **The unity of the legal system**. In: Autopoietic law: a new approach to law and society. Berlin; New York: de Gruyter, 1987, p. 18.

de todo resquício psíquico”<sup>283</sup> não infirma a necessidade de se observar as pessoas coletivamente em suas interações para que o sistema do direito possa construir internamente a decisão jurídico-coletiva, até mesmo porque “os seres humanos estão acoplados estruturalmente à comunicação por meio de suas consciências, e é mediante esse mecanismo de acoplamento que os indivíduos põem em movimento o processo de autodesenvolvimento da comunicação”,<sup>284</sup> ou seja, assim como não há sistema sem ambiente, não há comunicação (sistema social) sem consciências (sistemas psíquicos).

Além disso, a própria teoria dos sistemas subdivide os sistemas sociais em organização, interação e sociedade, de modo que todos eles compartilham um mesmo elemento de sentido.

Pensamos que da mesma maneira que não é adequado generalizar contrafaticamente expectativas normativas criminais adjudicando o código binário do direito a partir de leis trabalhistas, não é adequado socialmente estabilizar contrafaticamente expectativas normativas envolvendo grupos de pessoas adjudicando o código direito-não direito a partir de comunicações que não se referem a grupos, mas a determinada pessoa isoladamente.

Quer-nos parecer, portanto, que este modo de observação enriquece a abordagem e permite que o subsistema social do direito otimize sua função, posto que a diferenciação funcional do subsistema social do direito, no âmbito desta específica comunicação jurídica, pode ser apresentada como generalização congruente de expectativas normativas *coletivas*.

---

<sup>283</sup> NAFARRATE, Javier Torres. **Galáxias de comunicação**: o legado teórico de Luhmann. Lua Nova, n. 51, 2000, p. 158.

<sup>284</sup> *Ibidem*, p. 149.

### 3 TUTELA JURÍDICO-COLETIVA: INCLUINDO (E EXCLUINDO) OS GRUPOS NO SUBSISTEMA SOCIAL DO DIREITO

Trataremos neste tópico de duas questões: para abordar a primeira – *tutela jurídico-coletiva* –, trabalharemos com a diferença inclusão-exclusão no sistema jurídico; enquanto na abordagem da segunda – *decisão jurídica na periferia do sistema jurídico* –, utilizaremos a diferença centro e periferia no sistema jurídico. Abordaremos, outrossim, a necessidade de se levar a sério o sistema de interação para a delimitação da identidade e do interesse do grupo, ainda que tais decisões sejam sempre contingentes. Ao final, indicaremos as condições de possibilidade para a adjudicação do código do direito na semântica da tutela coletiva.

#### 3.1 TUTELA JURÍDICO-COLETIVA E DECISÃO JURÍDICO-COLETIVA NA PERIFERIA DO SISTEMA JURÍDICO

A relação entre sistemas psíquicos e sociais – tratada como integração social por DAVID LOCKWOOD – foi reformulada por LUHMANN pela distinção inclusão-exclusão, mantendo o sistema social sociedade como referência e, ao contrário de PARSONS, considerando o lado negativo da categoria (exclusão).<sup>285</sup> A relação, portanto, torna-se paradoxal: nova inclusão significa nova exclusão.

Desse modo, a exclusão deve ser entendida como forma cujo lado interior (inclusão) marca a oportunidade de que as pessoas sejam levadas em conta socialmente, e o lado exterior se mantém sem indicação, de sorte que só haverá inclusão quando a exclusão for possível.<sup>286</sup> Nesse sentido, a exclusão é condição de possibilidade da inclusão.

Inclusão liga-se à atribuição de lugares pelo sistema sociedade, a partir dos quais as pessoas podem agir de acordo com expectativas adicionais, “sentindo-se em casa”.<sup>287</sup>

A diferença inclusão-exclusão se refere, pois, ao modo pelo qual a sociedade permite que os indivíduos sejam pessoas,<sup>288</sup> podendo *participar da comunicação*.<sup>289</sup>

---

<sup>285</sup> LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Mexico: Editorial Herder, 2007, p. 66.

<sup>286</sup> *Ibidem*, p. 66.

<sup>287</sup> *Idem*.

<sup>288</sup> Pessoa como *artefato comunicativo*, permitindo atribuir as responsabilidades das comunicações (a emissão) e localizar as possibilidades de compreensão, não como sistema psíquico ou biológico. CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Claudio. **Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann**.

Nesse sentido, as formas de diferenciação da sociedade (segmentária, centro e periferia, estratificadas, sociedades funcionalmente diferenciadas) são regras de repetição das diferenças de inclusão-exclusão dentro da sociedade, pressupondo o participar da própria diferenciação e em suas regras de inclusão.<sup>290</sup>

Com efeito, um sistema nada mais é que uma *forma* – no sentido dado pelo matemático SPENCER BROWN –, que, indicando algo (*excluindo* algo como entorno), “se realiza forzosamente cuando unas operaciones siguen inmediatamente a otras y con ello definen, al mismo tiempo, qué otras serán susceptibles de enlazarse ulteriormente”,<sup>291</sup> construindo uma rede recursiva (autorreferencialidade) de comunicações especializadas (no caso dos subsistemas parciais da sociedade). Sendo o sistema definido desta maneira, “la diferenciación no es otra cosa que la formación de sistemas dentro de sistemas”.<sup>292</sup>

Nesta linha de entendimento, torna-se possível definir um conceito de forma relacionado à *inclusão*, sendo “la cara interna de una forma, cuya cara externa es la ‘exclusión’. Por consiguiente, sólo es pertinente hablar de inclusión si hay exclusión”.<sup>293</sup> Inclusão, portanto, é o lado da forma que pressupõe necessariamente seu outro lado, a exclusão.

No curso da evolução social a forma inclusão-exclusão teve feições distintas, conforme as formas de diferenciação social prevalecentes de cada momento histórico, de sorte que as condições de inclusão variam com a diferenciação da sociedade.

Assim, enquanto nas sociedades segmentárias a inclusão é o resultado de pertencer a um dos segmentos da sociedade (*inclusão diferenciada segmentariamente*), nas sociedades estratificadas a medida da exclusão se transfere para as castas/estamentos/estratos sociais, de modo que o *status* social se encontra no estrato o qual se pertence, mas o ordenamento da inclusão-exclusão continua sendo realizado no plano da segmentação (de alguma maneira se pertence a alguma família), sendo a exclusão possível por indigência econômica ou por falta de oportunidades de se casar.<sup>294</sup>

---

Tradução de Miguel Romero Perez e Carlos Villalobos, sob a direção de Javier Torres Nafarrate. Editorial Anthropos, 1996, p. 92.

<sup>289</sup> *Idem.*

<sup>290</sup> LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Mexico: Editorial Herder, 2007, p. 493.

<sup>291</sup> LUHMANN, Niklas. **Complejidad y modernidad**: de la unidad a la diferencia. Edición y traducción de Jostxo Berian y José María García Blanco. Madrid: Editorial Trotta, 1998, p. 171.

<sup>292</sup> *Idem.*

<sup>293</sup> *Ibidem*, p. 172.

<sup>294</sup> LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Mexico: Editorial Herder, 2007, p. 493.

A sociedade moderna, diferenciada funcionalmente, policêntrica e policontextual, tem de renunciar a uma regulação uniforme da inclusão,<sup>295</sup> de modo que a inclusão-exclusão fica sob a regulação de cada um dos subsistemas funcionais da sociedade, ou seja, a diferença é vista a partir da racionalidade de cada um dos sistemas sociais parciais (economia, direito, política, ciência, educação, família, religião, saúde, arte etc.), não havendo qualquer instância central ou hierarquicamente superior que possa supervisioná-los.

Não é mais a natureza, a religião, o nascimento, o casamento, o cargo ou qualquer referência externa que determina as condições de inclusão e exclusão, mas cada um dos subsistemas sociais.

À vista da clausura operativa nos sistemas sociais, estar incluído em um sistema não significa, necessariamente, a inclusão em outro: pode ser ignorante e ter êxito na política; pode ser pobre e obter uma decisão judicial favorável; pode ter conhecimento mas não ter rendimento econômico; pode ser rico e não ter saúde.

De acordo com LUHMANN, na sociedade moderna, em princípio todos indivíduos podem participar em todas as comunicações, portanto em todos os sistemas funcionais, dependendo em qual âmbito funcional e código se introduz a comunicação. Por isso, seus acoplamentos com os sistemas funcionais mudam a cada momento. A dinamicidade é excessiva, sendo que a inclusão na sociedade moderna vai depender de *oportunidades de comunicação altamente diferenciadas*, as quais não podem coordenar-se de maneira segura e nem, muito menos, duradoura.<sup>296</sup>

Não há alternativa: o acesso às potencialidades daquilo que é social é para todos. Esta é a universalidade da sociedade moderna, porque universal é a forma da inclusão.

Nesta moldura, a inclusão na sociedade moderna encontra suas correlações nos postulados da liberdade e da igualdade.<sup>297</sup>

A inclusão apenas existe por meio da diferença de cada um dos sistemas parciais, ou seja, todos podem ter direito, mas apenas *através do direito*; todos podem participar do sistema educativo, mas apenas *através da educação* (e não como ironicamente afirma

---

<sup>295</sup> LUHMANN, Niklas. **Complejidad y modernidad**: de la unidad a la diferencia. Edición y traducción de Jostxo Berian y José María García Blanco. Madrid: Editorial Trotta, 1998, p. 176.

<sup>296</sup> LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Mexico: Editorial Herder, 2007, p. 495.

<sup>297</sup> CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Claudio. **Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann**. Tradução de Miguel Romero Perez e Carlos Villalobos, sob a direção de Javier Torres Nafarrate. Editorial Anthropos, 1996, p. 93.

LUHMANN: através do Espírito Santo, que, neste caso, quer dizer, ‘talento’<sup>298</sup>); todos podem ter renda/propriedade, mas apenas *através da economia*; todos podem ter relevância política, mas tão somente *através da política*.

Enfim, cada sistema regula as modalidades de seu tratamento da inclusão. Esta característica da inclusão está relacionada ao isolamento funcional dos sistemas sociais parciais (heterarquia dos sistemas da sociedade moderna).<sup>299</sup>

Atualmente, verifica-se no Brasil a crença em uma (falsa) hierarquia do sistema jurídico para com outros sistemas sociais, especialmente quando se observa a relação do sistema jurídico com o sistema da educação e da saúde, tudo como se o sistema do direito pudesse, isoladamente, controlar as inclusões (acessos) nesses outros sistemas sociais sem qualquer posterior consequência nesses sistemas sociais e no próprio sistema jurídico (verificável especialmente no âmbito dos orçamentos públicos).<sup>300</sup>

Pois bem. Quando a inclusão se universaliza na sociedade funcionalmente diferenciada, a exclusão torna-se visível, não sendo mais um ponto cego.

Com efeito, é a exclusão “que constrange o professor a pensar sobre o mau aluno, o sistema econômico a refletir sobre o desemprego, o governo a enfrentar a oposição”.<sup>301</sup> Novamente: a exclusão torna-se condição de possibilidade da inclusão.

Calha, aqui, transcrever o escólio de CORSI, ESPOSITO e BARALDI:<sup>302</sup>

La distinción entre inclusión y exclusión tiene una relevancia decisiva en la autodescripción de la sociedad, precisamente porque con base en ella se establece el criterio de acceso a la comunicación: el primer lado describe las condiciones y las posibilidades de participación en la

<sup>298</sup> LUHMANN, Niklas. **Complejidad y modernidad**: de la unidad a la diferencia. Edición y traducción de Joxetxo Berian y José María García Blanco. Madrid: Editorial Trotta, 1998, p. 177.

<sup>299</sup> DE GIORGI, Raffaele. **Redes de la inclusión**. In: SABIDO, Fernando Castañeda; VÁSQUEZ, Angelica Cuéllar (Coords.). *Redes de Inclusión – La construcción social de la autoridad*. Cidade do México: M.A. Porrúa, 1998, p. 23.

<sup>300</sup> De acordo com matéria veiculada recentemente no jornal Folha de S. Paulo, “dados inéditos da Secretaria da Saúde do Estado de São Paulo mostram que o número de internações, cirurgias e procedimentos no Sistema Único de Saúde (SUS) feitos por ordem da Justiça quintuplicou entre 2010 e 2015, passando de 520 para 2.752. As matrículas em creches e pré-escolas públicas no município de São Paulo seguiram a mesma tendência. Números levantados pela Secretaria da Educação a pedido da Folha indicam que as decisões judiciais nesse sentido saltaram de 13.891 em 2013, para 20.719 no ano passado”. FOLHA DE S. PAULO. **Ações na Justiça disparam e elevam despesas públicas**. Matéria veiculada no dia 6 de junho de 2016. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2016/06/1778365-acoes-na-justica-disparam-e-elevam-despesas-publicas.shtml>>. Acesso em: 12 jul. 2016.

<sup>301</sup> ARNAUD, André-Jean Arnaud; JUNQUEIRA, Eliane Botelho Junqueira. **Dicionário da Globalização**. Direito. Ciência Política. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 250.

<sup>302</sup> CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Claudio. **Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann**. Tradução de Miguel Romero Perez e Carlos Villalobos, sob a direção de Javier Torres Nafarrate. Editorial Anthropos, 1996, p. 94.

comunicación y así estimula atenciones y consideraciones, mientras que el segundo indica lo que falta y que constriñe a la sociedad a reflexionar sobre sí misma.

Nesse contexto, os critérios de acesso à comunicação jurídico-coletiva são definidos pelo próprio sistema jurídico por meio da distinção inclusão-exclusão.

Além disso, é importante dizer que a relação inclusão-exclusão pode sofrer disfunções. Por exemplo, a globalização impõe barreiras à diferenciação funcional, suscitando graves problemas para o fechamento operativo do sistema político e jurídico, a partir dos vínculos de dependência desses sistemas com a economia, podendo causar desdiferenciação funcional e enfraquecimento dos mecanismos de estabilização da distinção inclusão-exclusão.<sup>303</sup>

A partir deste tipo de situação, a sociedade constrói alternativas aos sistemas funcionais, concebendo *redes de inclusão*, que visam justamente *incluir os excluídos, compensando a seletividade excludente dos sistemas sociais*. Tais redes exercem uma atividade parasitária que penetra nos sistemas sociais corroendo seus códigos, bloqueando a sensibilidade sistêmica.

Paradoxalmente, a existência dessas redes de inclusão depende da diferenciação funcional da sociedade e, ao mesmo tempo, obstaculizam-na, pressionando as organizações formais de cada sistema social para determinadas seleções, por vezes mediante corrupções de códigos.

Por exemplo, grupos econômicos ou organizações ambientais comprando perícias técnicas com a finalidade de obter decisões judiciais favoráveis ou comprando as próprias decisões judiciais, corrompendo, respectivamente, os códigos do sistema da ciência (verdade-falsidade) e do direito (direito-não direito).

Vê-se que, ao contrário do que se poderia imaginar, tais redes de inclusão *não estão* reduzidas a espaços característicos da exclusão, como favelas, máfia ou tráfico internacional, estando ampliadas pela globalização,<sup>304</sup> o que, aliás, possibilitou e incrementou na economia, por exemplo, a existência de um capitalismo de laços, composto por verdadeiras redes de inclusão que corrompem os códigos da política e do direito.<sup>305</sup>

---

<sup>303</sup> ARNAUD, André-Jean Arnaud; JUNQUEIRA, Eliane Botelho Junqueira. **Dicionário da Globalização**. Direito. Ciência Política. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 250.

<sup>304</sup> *Ibidem*, p. 251.

<sup>305</sup> LAZZARINI, Sérgio G. **Capitalismo de laços**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

KOGUT, Bruce. **The small worlds of corporate governance**. Cambridge: The MIT Press, 2012.

Apresentada, ainda que superficialmente, a diferença inclusão-exclusão, podemos encaminhar nosso tema.

O que denominamos de *tutela jurídico-coletiva* é justamente a inclusão de grupo(s) *no sistema do direito*. É a indicação do lado interno na forma (coletivo), deixando no *unmarked space* o outro lado (não coletivo, individual).

Com efeito, a diferença coletivo-individual também pode ser realizada, em diversos graus, em outros sistemas sociais, por exemplo, no sistema da interação (como numa conversa entre João e Maria na mesa de um restaurante ou na comunicação produzida pelos movimentos sociais que sempre tematiza algo específico relacionado a *coletividades*), na economia (micro e macro), na educação (pelo acesso indistinto a *todos* e, ao mesmo tempo, numa observação individual entre o bom e o mau aluno), na saúde (no aspecto geral de acesso à saúde coletiva/pública e no âmbito individual para a obtenção da cura/tratamento).

A tutela jurídico-coletiva, portanto, nada mais é que a observação desta forma (coletivo-individual) pelo sistema jurídico, *indicando-se o coletivo* e, dessarte, viabilizando a generalização congruente de expectativas normativas coletivas.

Desse modo, pode haver a inclusão de grupos por sistemas que não o jurídico e, simultaneamente, este mesmo grupo não conseguir a tutela jurídico-coletiva e ficar excluído do sistema jurídico ao, por exemplo, não obter uma decisão jurídica favorável que lhe reconheça direitos.

Não raras vezes, a inclusão jurídica de determinado(s) grupo(s) implica, simultaneamente, a exclusão jurídica de outro(s) grupo(s) do mesmo sistema ou do mesmo grupo, mas de outro sistema social.

Nesse sentido, por exemplo, decidir juridicamente pelo fechamento de um lixão em benefício da saúde de toda uma população e da sustentabilidade do meio ambiente implica, simultaneamente, em excluir do grupo de catadores de materiais recicláveis o acesso direto aos lixões, que pode eventualmente lhes garantir maior rendimento econômico.

Por outro lado, decidir juridicamente pela inclusão de um grupo de catadores de materiais recicláveis em unidades de tratamento de recicláveis (UTR), garantindo-lhes reconhecimento jurídico e melhores condições de trabalho/saúde, implica em excluir o mesmo grupo de catadores do acesso direto aos lixões, reduzindo-lhes significativamente suas rendas.

Frise-se: ao contrário da ideia de jurisdição que é exercida sempre quando provocada, independentemente do acolhimento ou não do pedido formulado e ainda que se decida pela carência de ação, a tutela jurídico-coletiva pressupõe, necessariamente, a inclusão do grupo no sistema do direito, por meio de uma decisão: *a decisão jurídico-coletiva*.

E, aqui, é preciso que abordemos algumas ideias.

A decisão jurídica, mais do que uma escolha ou uma ação, é uma *observação* que, sendo assim, também pode ser observada. Trata-se, pois, de uma distinção que se refere sempre a um dos lados da forma, desconsiderando, ao menos momentaneamente, o outro lado (*unmarked space*), mas que, exatamente por isso, permanece com um valor reflexivo, como um suposto implícito da legitimidade da decisão.<sup>306</sup>

De acordo com RAFAEL LAZZAROTTO SIMIONI, na perspectiva da teoria dos sistemas “torna-se possível observar a produção de decisões jurídicas em todos os contextos da sociedade e não apenas nos tribunais”. Desse modo, “qualquer decisão que utiliza o direito como sistema de referência já é uma decisão jurídica, ainda que decida no âmbito de sistemas de organização que não fazem parte das instituições jurídicas tradicionais, como o Estado ou mais especificamente os tribunais”.<sup>307</sup>

Para LUHMANN, somente se pode chegar a decidir caso se compreenda que qualquer decisão cria uma diferença, ou seja, a partir da decisão o mundo se apresenta diferente de quando não havia a decisão. Uma *projeção de diferenças* é o elemento constitutivo irrenunciável da decisão.<sup>308</sup>

Este tipo particular de comunicação, ou seja, a *decisão*, vincula-se recursivamente em uma rede e se reproduz por si mesma, dando origem às *organizações*.<sup>309</sup>

De acordo com a teoria dos sistemas de LUHMANN, há três tipos de sistemas sociais: sociedade, organização e interação. Todos têm como elemento basal a comunicação, mas com distintos modos de constituição.

A sociedade é constituída por todas as comunicações possíveis. Trata-se, nesse sentido, do sistema social omniabarcador, incluindo em si todos os demais sistemas sociais.<sup>310</sup>

---

<sup>306</sup> SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Curso de hermenêutica jurídica contemporânea**: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico. Curitiba: Juruá, 2014, p. 708.

<sup>307</sup> *Ibidem*, p. 712-713.

<sup>308</sup> LUHMANN, Niklas. **Organización y decisión**. Mexico: Editorial Herder, 2010, p. 171.

<sup>309</sup> *Ibidem*, p. 87.

<sup>310</sup> LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Mexico: Editorial Herder, 2007, p. 55.

O sistema de interação tem a característica de ser passageiro e se (re)produzir pelas comunicações mantidas entre pessoas presentes cuja autopoiese continuará até o momento em que seus integrantes se despedem e se separam.

O sistema organizacional, surgido no interior da sociedade, é o único capaz de comunicar com seu entorno e comunica um tipo comunicacional peculiar: *comunicação de decisões*, enclausurando-se operacionalmente sobre esta base de operação.<sup>311</sup>

As organizações ocupam um lugar de destaque justamente na *atualização do sentido produzido na sociedade*, o que é operacionalizada exatamente por meio das decisões. Estão situadas entre a sociedade e seus sistemas funcionais, de um lado, e a interação entre presentes, de outro.<sup>312</sup>

Para DARÍO RODRIGUEZ MANSILLA e JAVIER TORRES NAFARRATE, “es probable que no haya una sola necesidad humana que no tenga una respuesta organizacional y que no pueda encontrar ningún problema de la sociedad para el cual no sea necesario contar con alguna solución organizacional”.<sup>313</sup>

Assim, as organizações tornam-se imprescindíveis na sociedade moderna para a solução das mais variadas necessidades humanas e problemas sociais, inclusive (e principalmente) aqueles envolvendo a comunicação coletiva.

A enorme difusão da comunicação organizacional na sociedade moderna permite qualificá-la como “sociedade organizacional”.<sup>314</sup>

Nesse sentido, DARÍO RODRÍGUEZ MANSILLA assevera que:

En efecto, si nos detenemos a examinar un día en la vida de cualquier ser humano contemporáneo, podemos ver que despierta gracias a un despertador que ha sido confeccionado, distribuido y vendido por distintas organizaciones; se levanta y en la ducha matinal recibe – a través de un complejo sistema de cañerías, producto de otras organizaciones – el agua, que también está generada por otras organizaciones. Así, el vestido, el pan y café del desayuno, el automóvil o vehículo de locomoción colectiva, su trabajo, su almuerzo, las noticias de la tarde y las sábanas entre las cuales terminará su jornada, lo refieren a múltiples organizaciones que han producido los objetos que usa o los han distribuido, posibilitando, en fin, la vida en una sociedad que se ha hecho demasiado compleja para que sea posible la autosuficiencia de todos y cada uno de sus habitantes.

---

<sup>311</sup> LUHMANN, Niklas. **Organización y decisión**. Mexico: Editorial Herder, 2010, p. 88.

<sup>312</sup> MANSILLA, Darío Rodríguez; NAFARRATE, Javier Torres. El derecho de la sociología de la sociedad. In: SILVA, Artur Stamford da (Coord.). **Sociologia do direito**. Curitiba: Juruá, 2007, p. 151.

<sup>313</sup> *Ibidem*, p. 152.

<sup>314</sup> MANSILLA, Darío Rodríguez. **Gestión organizacional**: elementos para su estudio. Santiago (Chile): Pontificia Universidad Católica de Chile, 2008, p. 17.

Vivemos, pois, em estreitos contatos com os mais diversos sistemas de organização, desde o nascimento (hospitais) até a morte (cemitérios). Por isto, “resulta difícil encontrar alguna necesidad de los seres humanos que no tenga una respuesta elaborada organizacionalmente”.<sup>315</sup>

Na sociedade moderna, a distinção dos sistemas sociais em interação, organização e sociedade tornou-se clara, mas nem sempre foi assim. Inicialmente sequer havia esta divisão, como na sociedade primitiva, em que coincidiam os sistemas de interação, organização e sociedade.

Com o aumento da complexidade das sociedades, as esferas dos sistemas sociais iniciam a distinção.

Na era das grandes culturas (Egito, Mesopotâmia, Babilônia, Pérsia), por exemplo, começam a se formar organizações importantes nos centros urbanos, especialmente para dar cumprimento a funções religiosas, militares ou comerciais. Após a industrialização e a extensão da monetarização da economia tornam possíveis as bases para o aumento da complexidade da sociedade. Assim, com o aumento da diferenciação social, o sistema organizacional passa a ocupar um lugar de destaque na busca, êxito e oferta de soluções para os modernos problemas.<sup>316</sup>

Com efeito, “si nos detenemos a pensar, por ejemplo, en cualquier problema de la sociedad – la pobreza, el analfabetismo, el sida, la desnutrición infantil, la delincuencia, las drogas, el subdesarrollo etc. – y queremos buscarle una solución, probablemente pensaremos en alguna – o algunas – organización(es) que debería(n) abocarse al estudio de problema y a su enfrentamiento”.<sup>317</sup> Assim, os problemas da sociedade se transformam em tarefas organizacionais.

Em resumidas palavras: a presença das organizações formais é indispensável para a manutenção da vida humana e da sociedade.<sup>318</sup>

---

<sup>315</sup> *Ibidem*, p. 19.

<sup>316</sup> MANSILLA, Darío Rodríguez. **Gestión organizacional**: elementos para su estudio. Santiago (Chile): Pontificia Universidad Católica de Chile, 2008, p. 19-20.

<sup>317</sup> *Ibidem*, p. 26.

<sup>318</sup> ARNOLD, Marcelo. **Imágenes de la complejidad**: la organización de las organizaciones. In: CADENAS, Hugo; ARNOLD, Marcelo; URQUIZA, Anahí (Eds.). La organización de las organizaciones: aplicaciones desde perspectivas sistémicas. Santiago: RiL editores, 2014, p. 21.

As organizações se reproduzem mediante decisões e limitam seu entorno a partir de regras de pertencibilidade (*membreía*). Assim, das organizações podemos esperar uma específica comunicação: decisões!

De acordo com LUHMANN, tendo em vista que as decisões que dão continuidade à auto-poiese do sistema organizacional somente podem ser tomadas no sistema (e não no ambiente) e que, ao mesmo tempo, as operações produzem uma diferença entre sistema e ambiente, toda a operação do sistema impõe um acoplamento de autorreferência (no sentido de sempre se referir à rede de decisões próprias) e heterorreferência (no sentido da motivação das decisões, não podendo nunca consistir apenas o fato de que o sistema já tomou uma decisão). O sistema, portanto, oscila continuamente entre autorreferência e heterorreferência, pois dessa forma a comunicação da decisão impede eficazmente que o sistema se extravie frente a si mesmo ou frente ao ambiente, reproduzindo a abertura ao ambiente a partir de sua clausura operativa.<sup>319</sup>

LUHMANN considera que o contexto do sistema das organizações é, seguramente, aquele em que se pode demonstrar a validade do paradoxo da abertura através do fechamento, haja vista que a modalidade operativa “comunicação de decisões” e a contínua reprodução da necessidade de decisões através de decisões assegura ao sistema uma espécie de intranquilidade autoproduzida, ou seja, alta irritabilidade endógena.<sup>320</sup>

Portanto, uma organização é sinônimo de uma *rede recursiva de decisões*. Se a organização estiver acoplada ao sistema jurídico, uma rede recursiva de decisões *jurídicas*. Se a organização jurídica tiver a atribuição de tomar decisões coletivas: uma rede recursiva de decisões *jurídico-coletivas*.

As decisões, outrossim, têm necessariamente um valor de informação, de novidade. Desse modo, mesmo que sejam triviais, não se pode discutir o fato de que sejam novas, pois do contrário não seriam decisões. A decisão produz o momento da surpresa que pode ser comunicada como informação, desencadeando outras decisões e assim sucessivamente.

Por outro lado, para poder decidir uma alternativa, indicando uma das variantes, a decisão necessita de informação.<sup>321</sup> O processo de tomada de decisão exige um contínuo reabastecimento de informações autoconstruídas pelo próprio sistema a partir da captura de estímulos provenientes do ambiente. O lado não indicado pela decisão, ou seja, as alternativas rechaçadas, sempre permanecem no resultado da decisão como *história*, como

---

<sup>319</sup> LUHMANN, Niklas. **Organización y decisión**. Mexico: Editorial Herder, 2010, p. 90.

<sup>320</sup> *Ibidem*, p. 97.

<sup>321</sup> *Ibidem*, p. 219.

um *background* que indica a relevância da decisão tomada e que eventualmente podem ser (re)interpretadas posteriormente,<sup>322</sup> podendo inclusive ser indicadas em outras decisões.

Aqui surge uma indagação de LUHMANN que nos interessa bastante: qual é a referência de ambiente que tem um sistema que processa informações neste modo? De acordo com nosso autor, a teoria clássica da organização respondeu a esta pergunta recorrendo ao conceito da *racionalidade dos fins*, pois estes serviriam ao sistema como instruções de elaboração da informação, que outorgam sentido e reduzem a complexidade do ambiente, permitindo que, internamente, esse processamento possa ser organizado.<sup>323</sup>

LUHMANN vai substituir o conceito de orientação aos fins pelo conceito de *absorção de incerteza*.

No sistema social das organizações a incerteza se produz pelo fato de que as decisões encadeiam outras decisões, ou seja, o conceito de absorção de incerteza descreve esta sucessão de decisões. Desse modo, a absorção de incerteza está incorporada no mesmo processo de tomada de decisão.<sup>324</sup>

A autopoiese dos sistemas organizacionais se realiza mediante a absorção de incerteza pela decisão, que, por seu turno, gera incerteza, que absorve incerteza pela decisão, que gera incerteza e assim sucessivamente.

A absorção de incerteza é um processo de tomada de decisão, mas, paradoxalmente, o processo deve incluir também perspectivas de futuras decisões e, dessa forma, deve gerar, ao mesmo tempo, a incerteza que elimina.<sup>325</sup>

Nessa moldura, ao contrário do que se poderia pensar com base em seu uso linguístico cotidiano, a incerteza é uma espécie de alimento da decisão, o recurso mais importante da autopoiese do sistema organizacional e não um estado disfuncional que deveria ser dissipado na medida do possível. Isto ocorre pelo simples fato de que sem incerteza não haveria nada para decidir e a organização deixaria de existir por falta de atividade.<sup>326</sup>

Nessa linha, RAFAEL LAZZAROTTO SIMIONI esclarece que

---

<sup>322</sup> <sup>322</sup> MANSILLA, Darío Rodríguez. **Gestión organizacional**: elementos para su estudio. Santiago (Chile): Pontificia Universidad Católica de Chile, 2008, p. 101.

<sup>323</sup> LUHMANN, Niklas. **Organización y decisión**. Mexico: Editorial Herder, 2010, p. 219-220.

<sup>324</sup> LUHMANN, Niklas. **Organización y decisión**. Mexico: Editorial Herder, 2010, p. 221.

<sup>325</sup> *Ibidem*, p. 223.

<sup>326</sup> *Ibidem*, p. 222-223.

a decisão existe, portanto, diante das situações de incerteza: incerteza sobre a descrição dos fatos, sobre a seleção e validade das normas aplicáveis, sobre o que é regra e o que é princípio. Uma decisão jurídica é uma decisão que decide sob condições de incerteza, sob a condição de existirem outras possibilidades de decisão.<sup>327</sup>

Ainda de acordo com o referido autor,

a decisão transforma a incerteza altamente complexa do ambiente em alternativas estruturadas de decisão, diante das quais apenas uma será escolhida para ser comunicada na forma de certeza. E isso significa que, diante da impossibilidade de se ter certeza sobre qual é a alternativa certa, a decisão precisa decidir. Precisa traçar aquela diferença entre certeza e incerteza.<sup>328</sup>

Há, aqui, o paradoxo da decisão: a decisão precisa decidir o indecidível, ou seja, a decisão é necessária diante da impossibilidade de decisão, pois a decisão precisa escolher apenas uma alternativa em detrimento de todas as demais alternativas que, precisamente por serem alternativas, seriam igualmente possíveis de serem decididas.<sup>329</sup>

No item seguinte veremos como a decisão jurídica pode observar o ambiente, mas, ao mesmo tempo, não pode alcançá-lo com suas operações, ou seja, o paradoxo da abertura no fechamento no âmbito do sistema das organizações.

Por enquanto, cabe-nos afirmar que se a decisão jurídica não indica este lado da forma (inclusão), *não há* tutela jurídico-coletiva, ou seja, a comunicação coletiva não encontra ressonância no sistema do direito.

A decisão jurídica incluindo (excluindo) grupos no sistema jurídico pode ser realizada pelo Poder Judiciário ou fora da arena judicial, na *periferia* do subsistema social do direito.

Vejamos, pois, um pouco mais de perto, a diferença centro e periferia no sistema jurídico.

De acordo com RAFAEL LAZZAROTTO SIMIONI:<sup>330</sup>

---

<sup>327</sup> SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Curso de hermenêutica jurídica contemporânea**: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico. Curitiba: Juruá, 2014, p. 721.

<sup>328</sup> *Ibidem*, p. 723.

<sup>329</sup> LUHMANN, Niklas. **Legal argumentation**: an analysis of its forms. *The modern Law Review*, v. 58, n. 3, p. 285-298, 1995.

<sup>330</sup> SIMIONI, Rafael Lazzarotto. Normatividade e fundamentação material do direito na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann: o problema da normatividade implícita na dimensão construtivista da observação de segunda ordem. *In*: BARRETTO, Vicente de Paulo; DUARTE, Francisco Carlos; SCHWARTZ, Germano (Orgs.). **Direito da sociedade policontextual**. Curitiba: Appris, 2013, p. 319-320.

Cada sistema autopoietico possui um sistema de organização das decisões que constitui o centro da observação, diante do qual as organizações restantes constituem a periferia do sistema – periferia não em um sentido pejorativo, obviamente, mas em um sentido de que a observação das operações de um sistema é realizada por meio de instâncias centrais que organizam essas operações na forma de uma rede histórica de decisões que vão, com o tempo, constituindo, confirmando e condensando a semântica e a história do sistema.

Lançamos luzes, pois, exatamente naquelas situações em que não é propriamente o Poder Judiciário que atualiza o sistema jurídico, ou seja, não é a organização central que faz a inclusão do grupo no sistema do direito, reconhecendo-o juridicamente e incluindo-o ao subsistema social do direito mediante decisões judiciais.

Com efeito, também na periferia do subsistema social do direito o reconhecimento jurídico do grupo é sempre realizado pela mediação institucional,<sup>331</sup> que coloca o grupo à condição de uma espécie de “sujeito coletivo de direito”,<sup>332</sup> em contraposição a uma específica situação na qual o mesmo grupo *não obtém* ou *deixa de obter posteriormente* sua inclusão no sistema do direito.

Ninguém discutiria, por exemplo, a existência de um grupo denominado “povo palestino”, que reivindica direitos fundamentais. Todavia, não há o reconhecimento deste grupo na ordem *jurídica* internacional.

Este é o paralelo que fazemos com o que ocorre com um indivíduo que, tornando-se pessoa a partir do momento em que se relaciona, só passa à condição de sujeito por meio da mediação institucional quando, superando a fronteira entre não sujeito e sujeito,

---

<sup>331</sup> RICOEUR, Paul. **O justo 1**: a justiça como regra moral e como instituição. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 26.

<sup>332</sup> Para nós, o sujeito coletivo de direito nada mais é que a comunicação coletiva *que encontra ressonância no sistema do direito*, ou seja, é a construção pelo sistema do direito da comunicação jurídico-coletiva. Portanto, pressupõe necessariamente a passagem pelo filtro autopoietico do direito. Em publicação de 1984, José Geraldo de Souza Júnior já fazia alusão às “organizações populares de bases”, surgidas como veículos de reivindicações sociais e econômicas imediatas, bem como aos seus embriões (associações de bairros, clubes de mães, associações de favelados, grupos de oposição, grupos de moradores interessados nas discussões dos problemas concretos vinenciados nos bairros da periferia), frutos principalmente do trabalho da Igreja, desde os anos 70, constituindo “movimentos populares”, o que se convencionou chamar de “movimentos sociais”. Nessas organizações, o autor via “a possibilidade de avaliar o seu potencial epistemológico, para fundamentar a hipótese de que a emergência sociológica desta categoria sustenta, também, a categoria jurídica, sujeito coletivo de direito”. Parece-nos, pois, que o sujeito coletivo *de direito*, para José Geraldo de Souza Júnior, já se encontra no ambiente do sistema do direito mas, paradoxalmente, também é fonte do direito, produzindo-o, num verdadeiro pluralismo jurídico.

SOUZA JÚNIOR, José Geraldo de. **Movimentos sociais** – Emergência de novos sujeitos: o sujeito coletivo de direito. In: SOUTO, Cláudio; FALCÃO, Joaquim (Orgs.). *Sociologia & Direito – Textos básicos para a disciplina de sociologia jurídica*. Pioneira Thomson Learning, 2001, p. 259.

SOUZA JÚNIOR, José Geraldo de. **Para uma crítica da eficácia do direito**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1984, p. 144-145.

transforma o não sujeito, de modo pleno, em sujeito de direito, de sorte que quando esta mediação não se efetiva a experiência do reconhecimento jurídico não se realiza em sua plenitude.<sup>333</sup>

Sem a mediação institucional, que no contexto ora estudado se concretiza especificamente por meio das *organizações* que atualizam o sistema do direito com suas decisões, a comunicação coletiva do grupo permanece circunscrita no sistema da interação, não conseguindo sua ressonância no subsistema social do direito. Em outras palavras: não obtém a tutela jurídico-coletiva.

Todavia, quem tem a última palavra na atribuição da inclusão-exclusão no sistema do direito continua sendo *exclusivamente* o Poder Judiciário (CF-88, art. 5º, XXXV),<sup>334</sup> que, no limite dos programas jurídicos, pode modificar decisões judiciais ou jurídicas de organizações da periferia do sistema jurídico.

No sistema jurídico, mas fora do âmbito judicial, a tutela jurídico-coletiva fica a cargo de organizações nominadas pelo sistema do direito para esta atribuição. É exatamente aquilo que a dogmática denomina de “representantes adequados”, que, no atual cenário brasileiro, são os mesmos legitimados ativos à propositura da ação coletiva (v.g. LACP, art. 5º, incisos I a VI), que, podendo ajuizar ações coletivas, podem celebrar compromissos de ajustamentos de conduta (v.g. LACP art. 5º, §6º) ou, não sendo órgão público, formalizar convenções extraprocessuais com *idêntica* força jurídica do TAC (v.g. CPC-2015, art. 784, III e IV).

Na área consumerista, por exemplo, as Procuradorias de Proteção e Defesa do Consumidor (Procons) são exemplos rotineiros da atuação de organizações na periferia do sistema jurídico, produzindo decisões jurídico-coletivas no contexto da relação de consumo.<sup>335</sup>

A tutela jurídico-coletiva, portanto, pode ser realizada tanto no âmbito do Poder Judiciário como fora desse eixo. Como adverte LUHMANN,<sup>336</sup> “não se vê ou ao menos não se considera suficientemente o fato da comunicação acerca do Direito e da disposição

<sup>333</sup> ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Conflitos interpessoais, constituição do sujeito de direito e promoção dos direitos humanos**. Edição do autor.

<sup>334</sup> ABOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Introdução à teoria e à filosofia do direito**. São Paulo: RT, 2013, p. 118.

<sup>335</sup> Nesse sentido: ROCHA, Leonel Severo; ATZ, Ana Paula. **As organizações auxiliares ao Poder Judiciário na complexidade da semântico do consumo**. Revista de Direito do Consumidor, v. 83, 2012, p. 55.

<sup>336</sup> LUHMANN, Niklas. **A posição dos tribunais no sistema jurídico**. Revista da Ajuris, Porto Alegre, n. 49, jul. 1990, p. 158-159.

sobre o Direito ocorrerem, na maioria das vezes, fora desse núcleo sistêmico organizado e profissionalmente competente”.

Nesse caminho, é imperioso observar o processamento desta comunicação jurídico-coletiva para além do esquema ação-jurisdição-processo-defesa, enfatizando especialmente aquele realizado no âmbito das organizações localizadas na periferia do sistema do direito (v.g. Ministério Público, Advocacia Pública, Defensoria Pública, autarquias, associações, sindicatos, Procons etc.).

A diferença é significativa e ainda não suficientemente explorada pela dogmática que trata do assunto.

Vejamos um exemplo: no âmbito judicial é a pretensão de direito material, consubstanciada no *pedido formulado na ação coletiva*, que determinará a espécie de direito de grupo (difuso, coletivo, individual, homogêneo) que estará sendo objeto de proteção<sup>337</sup> ou, em outras palavras, o pedido, confirmado pela causa de pedir, definirá o grupo a ser eventualmente incluído no sistema jurídico.

Aliás, já deixamos registrado que a proteção *direta* de direitos pertencentes a grupos é inerente a toda e qualquer ação coletiva, ao lado da atuação do representante do grupo em nome próprio e em benefício de grupos,<sup>338</sup> ou seja, a legitimidade autônoma para a condução do processo (*selbständige Prozebführungsbefugnis*),<sup>339</sup> sendo que o exercício desta atuação ocorre sempre em *necessária atuação representacional*.

Essas duas características (proteção direta da coletividade e legitimidade ativa em necessária atuação representacional<sup>340</sup>) permitem distinguir a ação coletiva da ação individual, apartando seus respectivos regimes jurídicos.

Todavia, quando estamos na periferia do sistema de direito (v.g. decisões jurídicas veiculadas em termos de ajustamento de conduta), o parâmetro de definição do grupo que leva em conta a *pretensão* veiculada no pedido da ação coletiva, passa a não ter serventia.

Isso porque, rigorosamente, a *pretensão* só nasce quando da *exigibilidade* do direito já formalizado,<sup>341</sup> o que ocorre apenas quando verificado o *inadimplemento* da obrigação

<sup>337</sup> NERY JR., Nelson; ABOUD, Georges. Pontes de Miranda e o processo civil: a importância do conceito de pretensão para compreensão dos institutos fundamentais do processo civil. Revista de Processo, vol.231/2014, p. 89.

<sup>338</sup> CÂNDIA, Eduardo Franco. **Legitimidade ativa na ação civil pública**. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 120.

<sup>339</sup> NERY JR., Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. **Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 1.661.

<sup>340</sup> CÂNDIA, Eduardo Franco. **Legitimidade ativa na ação civil pública**. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 123.

prevista no termo de ajustamento de conduta, momento este sempre posterior ao próprio entabulamento da convenção e anterior à ação coletiva (*pré-processual*, portanto).

É preciso deixar claro que a diferença entre centro e periferia no sistema jurídico não se escora em uma diferença de ordem hierárquica ou de importância, até mesmo porque sem periferia não haveria nenhum centro e sem este não haveria aquela.<sup>342</sup>

Nesse sentido, sobreleva apontar a importância da periferia para o sistema jurídico: *auxiliar na sustentação da reprodução autopoietica do sistema do direito e, ao mesmo tempo, filtrar as irritações advindas do ambiente.*<sup>343</sup>

A periferia, estando na fronteira do sistema jurídico, mais próxima está do ambiente e, portanto, mais suscetível a receber as informações advindas do entorno, filtrando adequadamente esta complexidade. Este fato marca a relevância das organizações da periferia do sistema do direito – quicá maior que a própria organização central –, na medida em que, como vimos, as decisões jurídico-coletivas dependem justamente dessas informações ambientais.

LUHMANN coloca os tribunais no centro do sistema do direito e fundamenta esta posição a partir da regra do *non liquet*, pois só o Poder Judiciário está submetido ao paradoxo da transformação da coerção em liberdade, de modo que “nenhum outro órgão da administração da Justiça (*Rechtspflege*) e, muito mais ainda, ninguém que participe da comunicação jurídica, ocupa uma posição similar”.<sup>344</sup>

Com efeito, ao mesmo tempo em que o Poder Judiciário está *coagido à decisão* (*non liquet*), deve reivindicar uma *liberdade*, imprescindível para a construção do direito (*fundamentação da decisão*). Podemos perceber neste ponto, claramente, a *incindibilidade* da interpretação, da argumentação e da decisão jurídica,<sup>345</sup> pois são operações hologramáticas nas quais o todo se encontra em cada uma de suas partes e cada parte no todo, de modo que existe interpretação na argumentação e na decisão, como também há

<sup>341</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratados das ações**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1972, p. 45.

<sup>342</sup> LUHMANN, Niklas. **A posição dos tribunais no sistema jurídico**. Revista da Ajuris, Porto Alegre, n. 49, jul. 1990, p. 164.

<sup>343</sup> *Ibidem*, p. 165.

<sup>344</sup> LUHMANN, Niklas. **A posição dos tribunais no sistema jurídico**. Revista da Ajuris, Porto Alegre, n. 49, jul. 1990, p. 163.

<sup>345</sup> Em sentido semelhante, mas a partir do paradigma hermenêutico (*linguistic turn*), ver: ABBOUD, Georges. **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**. São Paulo: RT, 2011, p. 45-90.

uma necessidade de seletividade (decisão) tanto na interpretação quanto na argumentação, além dos argumentos para justificar decisões e interpretações.<sup>346</sup>

A unidade dessas três operações é verificada na necessária referência ao código do direito, de modo que todas elas são operações *jurídicas*. E aí o paradoxo se revela: justamente a dureza da unidade dessas operações (*necessária referência ao código binário do sistema do direito* – autorreferência) possibilita que tanto a interpretação, como a argumentação e a decisão jurídica tenham liberdade de transitar por referências comunicativas do ambiente do sistema do direito (*heterorreferência*), sem que deixem de ser operações *jurídicas*.

A CF-88 reforça a coerção do Poder Judiciário à decisão quando prevê que *nenhuma* ameaça ou lesão a direito será excluída da apreciação do Poder Judiciário (princípio da inafastabilidade da jurisdição – art. 5º, XXXV).

Assim, uma vez apresentada *qualquer* ameaça ou lesão a direito ao Poder Judiciário, este *deve apreciá-la*, decidindo conforme o sistema do direito.

Está *coagido* à decisão e, para isto, tem a *liberdade* para construção da fundamentação decisória. Exatamente por isso o sistema jurídico tem a competência universal para todos os problemas formulados no esquema direito-não direito.<sup>347</sup>

É interessante apontar que, a despeito de não se tratar de uma teoria normativa, quando LUHMANN justifica a posição dos tribunais no centro do sistema jurídico, assim o faz fundamentando-se em uma *norma* (no caso, *non liquet*). Todavia, isto não compromete a grandeza e a sofisticação de sua teoria.<sup>348</sup>

Em relação ao “sistema *processual* civil coletivo”, não há novidade alguma em afirmar sua existência.

Há muito a doutrina nacional já sustenta o denominado “microsistema” ou “sistema único das ações coletivas”,<sup>349</sup> que como já tivemos oportunidade de manifestar,

---

<sup>346</sup> SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Curso de hermenêutica jurídica contemporânea**: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico. Curitiba: Juruá, 2014, p. 678-679.

<sup>347</sup> LUHMANN, Niklas. **A posição dos tribunais no sistema jurídico**. Revista da Ajuris, Porto Alegre, n. 49, jul. 1990, p. 163.

<sup>348</sup> SIMIONI, Rafael Lazzarotto. Normatividade e fundamentação material do direito na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann: o problema da normatividade implícita na dimensão construtivista da observação de segunda ordem. In: BARRETTO, Vicente de Paulo; DUARTE, Francisco Carlos; SCHWARTZ, Germano (Orgs.). **Direito da sociedade policontextual**. Curitiba: Appris, 2013, p. 321.

<sup>349</sup> GOMES JÚNIOR, Luiz Manuel Gomes; FAVRETO, Rogério. **A nova lei da ação civil pública e do sistema único de ações coletivas brasileiras** – Projeto de Lei n. 5.139/2009. Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor, Porto Alegre, ano v, n. 27, 2005.

não tem nada de micro e nem de único,<sup>350</sup> posto que, ele mesmo, envolve atualmente vários microssistemas com regras específicas que muitas vezes se excluem mutuamente (critério da especialidade para resolução das antinomias).

O nosso foco, todavia, é chamar a atenção para algo maior, ou seja, para a tutela jurídico-coletiva ou “sistema dos direitos de grupos” e que, como vimos, abrange tanto aquela decisão efetivada pela organização central do sistema do direito (Poder Judiciário), a chamada tutela *jurisdicional* coletiva, como aquela, *igualmente importante*, produzida na periferia desse subsistema social (*não jurisdicional*).

Assim, podemos subdividir a tutela jurídico-coletiva em *central*, quando a inclusão do grupo no sistema do direito for efetivada no bojo da *jurisdição* coletiva, portanto, pela organização central do sistema do direito (Poder Judiciário), a partir de um processo judicial coletivo; e *periférico*, quando a inclusão for realizada pelas organizações que estão localizadas na periferia do sistema do direito, especialmente, Ministério Público, Advocacia Pública, Defensoria Pública, Procons, autarquias, associações e sindicatos.

O foco desta tese é a decisão jurídica periférica, de sorte que apenas muito topicamente será abordado o *deficit* coletivo na decisão *judicial*, como faremos, por exemplo, numa análise de sobrevoo sobre o novel IRDR trazido pelo CPC-2015.

Poderíamos exemplificar como tutela jurídico-coletiva periférica a formalização de compromisso de ajustamento de conduta *antes* do ajuizamento da ação coletiva (v.g. no âmbito de qualquer procedimento administrativo em trâmite perante órgãos públicos), acordos de leniência (art. 86 da Lei Federal n. 12.529/2011) e compromissos de cessação (art. 85 Lei Federal n. 12.529/2011) formalizados no âmbito do Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência (Cade), arbitragem<sup>351</sup> envolvendo direitos de grupo(s), bem como outras formas possíveis de composição extrajudicial de conflitos de grupo.<sup>352</sup>

Outro exemplo bastante claro e relativamente recente é aquele “escondido” no art. 288-A, *caput* e §1º, da Lei n. 6.015/77, incluído pela Lei n. 12.424/2011, que legitima, por exemplo, as associações de moradores, as cooperativas habitacionais, as organizações sociais e organizações da sociedade civil de interesse público a requererem o registro da regularização de assentamentos irregulares e a titulação de seus ocupantes no Cartório de Registro de Imóveis (*regularização fundiária urbana*), independentemente de

---

<sup>350</sup> CÂNDIA, Eduardo Franco. **As antinomias jurídicas na temática da legitimidade coletiva ativa**. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 100, n. 911, set. 2011, p. 74-104.

<sup>351</sup> LIMA, Bernardo Lima. **A arbitrabilidade do dano ambiental**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 142-171.

<sup>352</sup> CHRISTIE, Edward. **Finding solutions for environmental conflicts – Power and negotiation**. Edward Elgar, 2008, p. 263-294.

manifestação judicial e de serem proprietários ou detentores de direitos reais da gleba-objeto de regularização.

Tais entidades atuam, claramente, *em nome próprio*, mas *em benefício direto do grupo beneficiário da regularização fundiária urbana*. Existe, aqui, a tutela jurídico-coletiva operacionalizada na periferia do sistema jurídico.

O oficial do Registro de Imóveis, por exemplo, pode tomar uma *decisão jurídico-coletiva* determinando a abertura de matrícula para a área-objeto de regularização (art. 288-A, inciso I, da Lei n. 6.015/1977).

Vejamos um outro exemplo que, apesar de sua notória evidência, poucos parecem ter percebido.

O orçamento público, a despeito de ser veiculado por lei, contém *decisões materiais* absolutamente importantes<sup>353</sup> que se aproximam muito das decisões jurídico-coletivas,<sup>354</sup> ao ponto de o então Ministro Carlos Britto mencionar em seu voto na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4048 que a lei orçamentária é a lei materialmente mais importante do ordenamento jurídico, logo abaixo da Constituição.

Tais decisões são tomadas pela periferia do sistema do direito (no caso, pelo Poder Legislativo/Executivo). Certamente esta característica do orçamento, ou seja, de uma lei contendo verdadeiras decisões (“lei de efeitos concretos”), tenha sido a causa do debate acerca de sua natureza jurídica,<sup>355</sup> bem como a possibilidade ou não do controle de sua constitucionalidade.<sup>356</sup>

Trata-se, pois, de um *locus* inquestionável de decisões envolvendo *grupos*, sejam individuais homogêneos, coletivos em sentido estrito, sejam difusos,<sup>357</sup> mas nunca individuais puros. Aliás, uma confirmação evidente disto está no *caput* do art. 100 da CF-88, que proíbe a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias.

Nesse sentido,

---

<sup>353</sup> Nesse sentido: CONTI, José Maurício. **Orçamento não pode mais ser uma peça de ficção**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jun-02/contas-vista-orcamento-nao-peca-ficcao>>. Acesso em: 15 mar. 2016.

<sup>354</sup> Nesse sentido: CÂNDIA, Eduardo Franco. **A falta da lei orçamentária anual na perspectiva dos direitos de grupo**: alguns possíveis mecanismos de solução da anomia. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 103, n. 944, p. 133-158, jun. 2014.

<sup>355</sup> Orçamento como lei formal, lei material ou lei *sui generis*. Nesse sentido, ver: TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de direito constitucional, financeiro e tributário**. v. 5. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 94-99.

<sup>356</sup> STF ADI 1640, ADI 2925 e ADI 4048.

<sup>357</sup> Nesse sentido: CÂNDIA, Eduardo Franco. **A falta da lei orçamentária anual na perspectiva dos direitos de grupo**: alguns possíveis mecanismos de solução da anomia. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 103, n. 944, p. 133-158, jun. 2014.

o orçamento público tem uma dimensão extremamente abrangente, ao expor e influenciar os projetos de futuro de uma *coletividade*, e, ao mesmo tempo, uma dimensão cotidiana: [...] ele também detalha e especifica de forma bastante concreta quais as prioridades e, por que não, quais os interesses que serão satisfeitos com os recursos públicos, [sendo] difícil encontrar outro exemplo de lei que defina de forma tão ampla e direta os destinos da coletividade.<sup>358</sup>

De todo modo, o importante é perceber que as condições de possibilidade para que o grupo ingresse no sistema jurídico, seja pela organização central do sistema do direito, por decisão judicial em ação coletiva, através das organizações periféricas, seja por decisão jurídica em acordo coletivo extrajudicial são exatamente as mesmas, o que veremos em detalhe no último tópico do presente capítulo.

Com este pano de fundo, podemos ver que o processo civil coletivo está inserido em um “sistema maior” – “sistema dos direitos de grupos” –, que contém, além dos aspectos atinentes à judicialização dos direitos de grupo, também aqueles relacionados à tutela jurídica *extraprocessual* coletiva ou, sob os influxos da terminologia luhmanniana, à *tutela jurídico-coletiva periférica*.

Tudo isso só é possível pela observação da comunicação jurídico-coletiva que o direito mesmo disponibilizou através de suas operações, mais especificamente, pelas decisões jurídicas que podem ser observadas no sistema jurídico.

### 3.2 CONTINGENCIALIDADE NA DELIMITAÇÃO DO GRUPO: QUE COMUNICAÇÃO COLETIVA?

A ideia da contingência não é um paradigma da modernidade, já estando presente em Aristóteles (384 a.C. – Atenas, 322 a.C.), em seu conceito do possível ou de possibilidades.<sup>359</sup>

Conforme ULISSES SCHWARZ VIANA, “modernamente, o termo está associado à proposta de superação das cosmogonias, das cosmologias e das ontologias clássicas, o que tem exercido forte influência sobre a filosofia e as ciências sociais”.<sup>360</sup>

---

<sup>358</sup> CARVALHO, André de Castro; LOCHAGIN, Gabriel Loretto; SILVEIRA, Francisco Secaf A. *In*: OLIVEIRA, Regis Fernandes de; HORVATH, Estevão; SCAFF, Fernando Facury; CONTI, José Maurício (Coords.). *Lições de direito financeiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 68.

<sup>359</sup> VIANA, Ulisses Schwarz. *Direito e justiça em Niklas Luhmann: complexidade e contingência no sistema jurídico*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2015, p. 140.

De acordo com o autor,<sup>361</sup>

A expressão [...] *auch anders möglich sein* ('também é possível ser diferente') se torna, para Niklas Luhmann, em verdadeiro *Leitmotiv* de sua proposta de compreensão do termo contingência. Nesta constante abertura para outras alternativas possíveis, emerge igualmente a ruptura teórica de Luhmann com as ontologias e epistemologias clássicas [...]. Ou seja, já não há mais elementos cosmológicos ou ontológicos que possam garantir transcendentemente a estabilidade ou permanência das estruturas sociais e de suas correspondentes expectativas, o que nos faz lembrar a proposta pós-ontológica de LUHMANN.

Na teoria luhmanniana, a complexidade (há sempre mais possibilidades do que se pode atualizar)<sup>362</sup> é prima-irmã da contingência (as possibilidades indicadas podem ser diferentes daquelas que eram esperadas), de modo que o aumento daquela representa, paralelamente, o aumento desta, justamente porque complexidade produz contingência.

Para LUHMANN,

o mundo apresenta ao homem uma multiplicidade de possíveis experiências e ações, em contraposição ao seu limitado potencial em termos de percepção, assimilação de informação e ação atual e consciente. [...] Em termos práticos, complexidade significa seleção forçada e contingência significa perigo de desapontamento e necessidade de assumir-se riscos.<sup>363</sup>

De acordo com CELSO FERNANDES CAMPILONGO, “a realidade é uma construção do observador. Os observadores são múltiplos. Logo, não existe ‘um’ mundo ou ‘uma’ razão, mas muitos(as). Há de se compreender que, nessas realidades, no lugar de antigas certezas, o que se estabiliza é a contingência [...]”.<sup>364</sup>

Assim, a complexidade obriga sempre uma seleção forçada entre várias possibilidades, pois sempre existem mais do que se pode realizar, sendo justamente a necessidade desta seleção forçada que vai gerar a contingência, no sentido de que as

<sup>360</sup> *Ibidem*, p. 141.

<sup>361</sup> *Ibidem*, p. 144.

<sup>362</sup> LUHMANN, Niklas. **A sociological theory of law**. Translated by Elizabeth King-Tz and Martin Albrow. Routledge, 2014, p. 25.

<sup>363</sup> LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p. 45-46.

<sup>364</sup> CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Posfácio sobre a contingência**. In: GONÇALVES, Guilherme Leite. *Direito entre certeza e incerteza. Horizontes críticos para a teoria dos sistemas*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 267.

possibilidades apontadas ou verificadas podem ser diferentes das esperadas, gerando perigo de desapontamentos e assunção de riscos.

Para LEONEL SEVERO ROCHA e JEFERSON LUIZ DELLAVALLE DUTRA, “a modernidade contingente é uma modernidade que sempre pode ser diferente, onde há sempre outra possibilidade. Tratar a modernidade de forma contingente implica trabalhar com conceitos como decisão, risco e complexidade”.<sup>365</sup>

Nesta mesma linha de entendimento segue CELSO FERNANDES CAMPILONGO quando observa que:

A sociedade mundial convive com uma enorme expansão da complexidade social e da contingência do processo decisório. Complexidade é o mesmo que pluralidade de alternativas. Contingência significa que se a decisão, hoje, recaiu sobre a hipótese “x”, nada impediria que, legitimamente, tivesse recaído sobre a alternativa “y”, ou que, no futuro, recaia sobre a via “z”. Vale dizer, quanto mais complexa e contingente a sociedade, mais escassas as chances de decisões consensuais (diante da multiplicidade de escolhas) e mais nítidas as artificialidades que informam o processo decisório (dada sua contingência). Em razão dessas características, decidir equivale a fazer escolhas árduas, em curto espaço de tempo, sobre matérias não rotinizadas e com consequências sociais imprevisíveis.<sup>366</sup>

A contingência é algo totalmente ambivalente, podendo ser realizada em duas modalidades: pertence, por um lado, ao reino da oportunidade e da incalculabilidade; por outro, é tudo aquilo que pode ser manipulado, que pode ser objeto de construções arbitrárias, que igualmente poderiam ser outras.<sup>367</sup>

Um aspecto que interessa de perto à presente tese trata-se de que é justamente a semântica da contingência em LUHMANN, como “poder ser de outro modo”, que irá aumentar a demanda sobre o sistema jurídico para situar a sua complexidade estruturada na perspectiva de adequação coevolutiva com seu ambiente, ou seja, adequar o seu horizonte interno ao horizonte do ambiente, por meio de acoplamentos intersistêmicos.<sup>368</sup>

---

<sup>365</sup> ROCHA, Leonel Severo; DUTRA, Jeferson Luiz Dellavalle. Notas introdutórias à concepção sistêmica de contrato. *In*: CALLEGARI, André Luís; STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo da. **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 289.

<sup>366</sup> CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Governo representativo versus governo dos juízes**: a autopoiese dos sistemas político e jurídico. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 30, p. 120-126, jan.-mar. 2000.

<sup>367</sup> MAKROPOULOS, Michael. **Crisis and contingency**: two categories of the discourse of classical modernity. *Thesis Eleven*, v. 3, n. 1, p. 12.

<sup>368</sup> Nesse sentido: VIANA, Ulisses Schwarz. **Direito e justiça em Niklas Luhmann**: complexidade e contingência no sistema jurídico. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2015, p. 149.

Assim, no processamento da contingência, o sistema é forçado à seleção de irritações advindas do ambiente, o que, graças a sua estrutura dinâmica, permite que o sistema se abra à variação, que pode conduzir a uma adequada complexidade social.<sup>369</sup>

Noutro português: a contingência possibilita que, através dos elementos do próprio sistema, ocorra uma reprodução comunicativa desviante, uma comunicação inesperada, surpreendente, uma variação.<sup>370</sup>

Nesse sentido, para o sistema jurídico “a contingência transforma-se em estímulo evolutivo: à medida que é experimentada, abre possibilidades para novas realidades e contextos jurídicos”<sup>371</sup> e mesmo quando esta contingência é mitigada no momento da seleção, torna-se, paradoxalmente, acentuada pois não há garantias de que a seleção realizada foi, de fato, a melhor.

Como vimos, cabe a determinadas organizações acopladas ao sistema do direito a atribuição de tomar decisões jurídicas incluindo (excluindo) grupos no sistema jurídico.

Conforme DARÍO RODRÍGUEZ MANSILLA,

Las decisiones tematizan su propia contingencia. En otras palabras, en el decidir se está consciente de la posibilidad de elegir entre alternativas, se está consciente de que se puede elegir de otra manera y, de allí, que algunas personas extremadamente reflexivas tengan tantos problemas para tomar incluso decisiones triviales. [...] Cada vez que se decide, las alternativas desechadas permanecen en el resultado de la decisión como historia, como el trasfondo que indica la relevancia de la decisión adoptada y que, eventualmente, permitirá evaluarla, reevaluarla, interpretarla e reinterpretarla posteriormente.<sup>372</sup>

Na seara da tutela jurídico-coletiva, uma abordagem muito importante da decisão jurídica (e também muito negligenciada na prática brasileira) é justamente aquela que se refere à *perfeita (e adequada) delimitação do(s) grupo(s)* que deve(rão) ser levado(s) em consideração no momento da tomada de decisão pela organização.

Assim, toda decisão jurídico-coletiva enfrenta, necessariamente, este grande obstáculo: a delimitação do(s) grupo(s).

---

<sup>369</sup> *Ibidem*, p. 153.

<sup>370</sup> DE GIORGI, Raffaella; LUHMANN, Niklas. **Teoria della società**. Milano: Franco Angeli, 2000, p. 189-190.

<sup>371</sup> GONÇALVES, Guilherme Leite. **Direito entre certeza e incerteza**: horizontes críticos para a teoria dos sistemas. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 79.

<sup>372</sup> MANSILLA, Darío Rodríguez. **Gestión organizacional**: elementos para su estudio. Santiago (Chile): Pontificia Universidad Católica de Chile, 2008, p. 100-101.

Com efeito, trata-se, antes de qualquer coisa, de saber *qual grupo* pleiteia a inclusão ou está sendo incluído no subsistema social do direito, obtendo o reconhecimento jurídico, bem como a adequação social do “interesse” do grupo levado em conta pela organização, evidentemente não no sentido de subjetividade, mas na *averiguação empírica dos sinais emitidos pelas pessoas*,<sup>373</sup> portanto, fora do sistema do direito.

Nesse ponto, é possível perceber que o direito também pode ser tematizado no sistema de interação<sup>374</sup> e esta tematização deve ser adequadamente observada pela sociologia que, posteriormente, informa o sistema do direito. Obviamente que a observação sociológica deve ocorrer antes da *de-tematização do direito* que se verifica quando são substituídos os tópicos e as questões jurídicas são empurradas para fora da esfera da atenção comum.<sup>375</sup> A tematização do direito no sistema de interação que nos interessa, por óbvio, não é aquela de interesse marginal, que se refere a discussões jurídicas puramente teóricas, conversas sobre disputas jurídicas alheias ou problemas comunicacionais no interior de trabalhos legislativos ou judiciais, mas “about their own legal rights and obligations that those participating in a communication process wish (or do not wish) to talk”.<sup>376</sup>

Vê-se, com facilidade, que é algo que o sistema jurídico, isoladamente, não tem capacidade para fazer, exatamente porque a comunicação coletiva está fora do sistema do direito, sendo necessário acoplamentos com a ciência, especificamente com as metodologias sociológicas, para que se possa falar, ainda que contingencialmente, em adequação social da decisão que delimita o grupo e aponta seus interesses no acesso ao sistema do direito.

Sem este salto ao ambiente do sistema do direito, qualquer decisão jurídico-coletiva perde sua necessária referência interacional e passa a não mais poder indicar o coletivo em sua forma, deixando de ser uma decisão jurídico-coletiva, da mesma forma que se a

---

<sup>373</sup> De acordo com Ciro Marcondes Filho, “o mundo, as pessoas, a natureza, os animais, as plantas sinalizam sempre. Um homem calado num canto, quando todo mundo está dançando e brincando, sinaliza um estado de espírito, um comportamento. Se eu o conheço e me preocupo com ele, sinto que, mesmo ele não querendo, ele me sinalizou algo que me incomodou e vou falar com ele. Sua sinalização transformou-se em uma forma de informação, de comunicação”. MARCONDES FILHO, Ciro. **Para entender a comunicação**: contatos antecipados com a nova teoria. São Paulo: Paulus, 2008, p. 17.

<sup>374</sup> LUHMANN, Niklas. Communication about law in interaction systems. *In: Advances in social theory and methodology*: toward an integration of micro and macro-sociologies. Edited by K. Knorr-Cetina and A. V. Cicourel. London and New York: Routledge Library Editions, 2015, p. 235-256.

<sup>375</sup> *Ibidem*, p. 251.

<sup>376</sup> *Ibidem*, p. 239.

decisão não levar em conta a codificação do sistema jurídico (direito-não direito) passa a ser qualquer outra decisão (política, econômica etc.), menos jurídica.

Na jurisdição coletiva, o *interesse* e a *definição do grupo* (ou do tipo de direito de grupo: difuso, coletivo, individual homogêneo) vai depender daquilo que a organização jurídica periférica (legitimado ativo *ad causam* em necessária atuação representacional) apresenta como *pedido* na petição inicial da ação coletiva, com eventual necessidade de confirmação pela causa de pedir.<sup>377,378</sup>

A organização central do sistema do direito (Poder Judiciário) pode *redefinir* o grupo, subdividindo-o, mas *sempre conforme os pedidos já formulados na ação*. Assim, a decisão judicial não pode, *ex officio*, acrescentar novos grupos, alterar os interesses do grupo apontados na petição inicial, mas tão somente subdividir o grupo já delimitado pela organização periférica. Caso contrário, o Judiciário passaria de julgador a defensor/representante do grupo, de centro para periferia, numa movimentação ilegal (por violação à inércia e imparcialidade jurisdicional) e inconstitucional (por violação ao devido processo legal).

Com efeito, não há como o Poder Judiciário alterar o *interesse* do grupo, formalizado pelo pedido, seja incrementando-o ou restringindo-o, pois isto implicaria modificar o próprio pedido da ação coletiva, transmutando-se em uma organização da periferia do sistema do direito (representante “adequado” do grupo e, mais estranhamente, sem legitimidade ativa *ad causam*).

Algumas vezes, especificamente quando a ação visa à tutela de direitos difusos e coletivos em sentido estrito, a análise apenas do pedido não permite afirmar que se trate de uma ação coletiva. Isto ocorre porque uma ação individual e uma ação coletiva podem eventualmente ter o *mesmo pedido* (v.g. a invalidação de uma cláusula abusiva em contrato de adesão, a cessação da poluição sonora praticada por um vizinho, a eliminação ou redução da emissão de particulados na atmosfera, demolição de determinada construção).

Como, então, saber se a ação pleiteia a tutela jurídica de grupo? Justamente nessas situações entra em cena a causa de pedir.

Na ação coletiva, o pedido estará sempre *imediate e diretamente* voltado à proteção *do grupo* e a causa de pedir pode servir para confirmar isto naquelas situações de

---

<sup>377</sup> CÂNDIA, Eduardo Franco. **Legitimidade ativa na ação civil pública**. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 123-124.

<sup>378</sup> Para Georges Abboud, “a caracterização do direito defendido como difuso, coletivo ou individual homogêneo é o conjunto formado pela causa de pedir e pelo pedido deduzido em juízo. ABBOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. São Paulo: RT, 2016, p. 506.

penumbra.

Na ação individual, ao contrário, o foco volta-se diretamente ao direito exclusivo *do autor* da ação, portanto, *direito individual puro*, ainda que com eventuais reflexos aos direitos coletivos.

Exatamente para tais situações torna-se útil a análise da causa de pedir, de modo que, *nem sempre* (direitos difusos e coletivos), isoladamente, o pedido permitirá a conclusão de que a ação seja coletiva, isto é, de que se está pleiteando a tutela jurídico-coletiva. Isto não ocorre, por exemplo, nas ações civis por ato de improbidade administrativa, que sempre tutelam direitos difusos, pois os pedidos são específicos deste tipo de ação (aplicação do art. 12 da Lei de Improbidade Administrativa – LIA).

Além disso, tratando-se de direitos individuais homogêneos, o pedido necessariamente será genérico (CDC, art. 95), o que permite, *desde logo*, afirmar estar diante de ação coletiva ou individual apenas examinando o pedido da ação e a atuação representacional do legitimado ativo, sem qualquer incursão pela causa de pedir.<sup>379</sup>

Tentando ser ainda mais claro: na tutela de direitos individuais homogêneos, o modo como se postula o pedido já é um indicativo seguro da qualidade do legitimado ativo como *representante de um grupo*.

SÉRGIO SHIMURA explica que

a expressão ‘ação coletiva’ (não individual) constitui-se em gênero que alberga todas as ações que tenham por objeto a tutela jurisdicional coletiva (direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos), diferenciando-se da “ação individual”, que tem por finalidade *veicular pretensão puramente subjetiva e particularizada*.<sup>380</sup> (Grifos nossos.)

Nessa mesma linha, conceituando a ação coletiva com a tônica justamente naquilo que o autor pretende ao manejar a ação (objeto da ação, portanto), podemos mencionar: ELTON VENTURI,<sup>381</sup> TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER,<sup>382</sup> NELSON NERY JR. e ROSA MARIA DE ANDRADE NERY,<sup>383</sup> JOSÉ MARCELO MENEZES VIGLIAR,<sup>384</sup> LUIZ MANOEL GOMES

<sup>379</sup> CÂNDIA, Eduardo Franco. **Legitimidade ativa na ação civil pública**. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 116.

<sup>380</sup> SHIMURA, Sérgio. O papel da associação na ação civil pública. *In*: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias (Orgs.). **Processo civil coletivo**. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 151.

<sup>381</sup> VENTURI, Elton. **Execução da tutela coletiva**. São Paulo: Malheiros, 2000.

<sup>382</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Apontamentos sobre as ações coletivas**. Revista de Processo, São Paulo, v. 19, n. 75, p. 273-283, jul.-set. 1994.

<sup>383</sup> NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil anotado e legislação extravagante**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

JR.,<sup>385</sup> RICARDO NEGRÃO,<sup>386</sup> GUSTAVO FILIPE BARBOSA GARCIA<sup>387</sup> e SANDRA LENG RUBER DA SILVA.<sup>388</sup>

A causa de pedir não tem o condão de, por si só, delimitar o grupo nem, muito menos, de revelar seu(s) interesse(s), isto porque também pode haver uma *mesma causa de pedir arrimando tanto uma ação individual como uma ação coletiva* (v.g. ilegalidade de uma determinada cláusula contratual, abusividade de determinada propaganda, inconstitucionalidade de uma determinada lei ou ato normativo, cobrança de quantias indevidas, metodologias de cálculos equivocadas), ocasião em que se fará necessária a análise do pedido para saber *quem será o beneficiário da tutela jurídica*: uma pessoa individualizada ou grupos de pessoas.

A serventia da causa de pedir na jurisdição coletiva, portanto, está em *infirmar ou confirmar o pedido como uma proteção direta de um direito de grupo*, bem como a *qualidade do legitimado ativo como representante de algum grupo*, justamente naquelas situações em que o pedido seja insuficiente para, isoladamente, indicar a forma coletiva, o que geralmente ocorre em se tratando de direitos difusos e coletivos.

Um exemplo pode facilitar a compreensão. Imagine que um determinado município ajuíze uma ação pleiteando a retirada de sucatas de vagões de trem abandonados na área central da cidade. Não se pode afirmar qual a natureza jurídica da legitimidade ativa do município apenas com esses elementos (legitimado ativo e pedido). Afinal, haveria algum grupo sendo representado pelo município ou sua legitimidade ativa está atrelada a um direito que lhe é próprio como pessoa jurídica de direito público?

Realmente, não é possível concluir se o município está atuando em juízo nesta ação como legitimado ordinário ou como legitimado autônomo para a condução do processo, o que só será viável quando procuramos saber *o porquê* do ajuizamento da ação, ou seja, a causa de pedir que levou o município a manejar a ação.

Desse modo, se a causa de pedir for, por exemplo, o fato de o município ser o possuidor da área onde os vagões estão abandonados e alegar, portanto, estar sendo turbado em sua posse, ficará claro que a municipalidade estará em juízo em nome próprio,

---

<sup>384</sup> VIGLIAR, José Marcelo Menezes. Ação civil pública ou ação coletiva? In: MILARÉ, Edis. (Coord.). **Ação civil pública**: Lei 7.347/1985 – 15 anos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 441-457.

<sup>385</sup> GOMES JR., Luiz Manoel. **Curso de direito processual civil coletivo**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

<sup>386</sup> NEGRÃO, RICARDO. **Ações coletivas**: enfoque sobre a legitimidade ativa. São Paulo: Leud, 2004.

<sup>387</sup> GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Coisa julgada**: novos enfoques. São Paulo: Método, 2007, p. 67.

<sup>388</sup> SILVA, Sandra Lengrubler da. **Elementos das ações coletivas**. São Paulo: Método, 2004, p. 53.

em legitimação ordinária, defendendo um direito próprio e egoístico – no caso, ação de manutenção de posse, de natureza *individual* –, posto à evidência a partir do exame da causa de pedir.

Por outro lado, se o município alegar como fundamento jurídico que o abandono das sucatas estaria acarretando danos à saúde pública e ao meio ambiente – uma vez que estaria havendo proliferação de insetos peçonhentos e tais vagões estariam sendo focos de mosquitos da dengue e leishmaniose –, bem como danos ao patrimônio público, posto que tais vagões seriam de propriedade de uma autarquia federal e estariam sendo dilapidados ao relento constante de sol e chuva, não se duvidaria que estaríamos diante de uma ação *coletiva*. Haveria, aí, claramente, um grupo composto de diversos sistemas psíquicos sendo representado pelo município.

No caso, estaria evidenciada a qualidade do legitimado ativa como representante *de um grupo*, atuando em juízo em nome próprio, como pessoa jurídica de direito público, mas na defesa direta de direito pertencente *a toda comunidade*.

Veja-se, pois, a importância, nesses casos, da causa de pedir como uma referência segura para se confirmar ou infirmar a qualidade do legitimado ativo como um representante de grupo, ou seja, em necessária atuação representacional.

Para se reconhecer uma ação como coletiva, a melhor abordagem deve ser concentrada, basicamente, em dois eixos: 1) *o pedido formulado na petição inicial* – em que será possível apurar qual direito se está tutelando diretamente com a ação ou, em outros termos, *qual é o grupo beneficiário da inclusão* bem como o *interesse desse grupo* que foi apresentado pela organização periférica à organização central do sistema do direito; 2) *a qualidade do legitimado ativo, necessariamente atuando como representante de um grupo*.

É evidente que todos esses outros temas (causa de pedir, extensão subjetiva da coisa julgada, rol dos legitimados ativos, forma de ocorrência da coisa julgada etc.) são importantes no contexto da tutela jurisdicional coletiva – como também são no âmbito da jurisdição individual –, mas, segundo pensamos, exercem um papel secundário ou confirmatório para o diagnóstico de uma ação coletiva.

Todavia, e aqui é o ponto que nos interessa mais de perto para os fins do presente trabalho, fora da estrita seara processual, portanto, na periferia do sistema do direito, torna-se mais árdua a tarefa de identificar qual grupo está sendo incluído (excluído) no (do) sistema jurídico e qual o interesse do grupo que foi levado em consideração pela organização ao tomar a decisão jurídico-coletiva.

Pensemos nos TACs celebrados na periferia do sistema jurídico (v.g. em inquéritos civis ou procedimentos preparatórios no âmbito do Ministério Público, em procedimentos no âmbito da Defensoria Pública, de Procuradorias do Estado, de autarquias ou demais órgãos públicos). Não faz qualquer sentido, nesse contexto, falar em pedido ou causa de pedir.

A identificação do grupo e seu interesse exigirá uma análise bastante cuidadosa *dos eventuais considerandos e das próprias cláusulas obrigacionais constantes no título executivo extrajudicial*, de modo que a leitura do acordo deve permitir, com suficiente facilidade, a clara identificação do grupo e o interesse deste mesmo grupo que foi considerado na decisão.

O acordo somente será *coletivo* se indicar esta forma (coletivo), ou seja, se deixar no espaço desmarcado o outro lado da forma (individual). Esta seleção (decisão), distinguindo/indicando, sempre é contingente, sempre seria possível ser diferente.

Contingência e risco andam de mãos dadas, pois “a contingência traz o risco de não ser possível encontrar a forma mais favorável de seleção, porque esta é *forçada* em razão da complexidade”.<sup>389</sup>

Ademais, o risco é inerente a qualquer decisão, porque “ninguna decisión puede basarse sobre una información completa. El peso de la información faltante es el supuesto del placer de decidir. Con plena información, ninguna decisión se podría dar a conocer como decisión”.<sup>390</sup>

A decisão jurídica de inclusão do grupo no sistema do direito implica, necessariamente, que a organização decida sobre a delimitação (identidade) do grupo e sobre o(s) interesse(s) do(s) grupo(s). Neste diapasão, a decisão jurídico-coletiva pode ser observada como uma operação que faz a diferença, indicando um dos lados da forma (coletivo), afinal “todo lo que es susceptible de ser observado obtiene, en virtud de la operación observacional, una forma con dos caras: la indicada y la no indicada”.<sup>391</sup>

Todavía – e aqui é o ponto que pretendemos chegar –, toda e qualquer decisão jurídico-coletiva que faça a inclusão de determinado grupo no sistema do direito, garantindo-lhe efetivo acesso a este sistema social, seja através da jurisdição ou não, será contingencial, de sorte que, por mais que a decisão absorva incertezas do ambiente, por

<sup>389</sup> VIANA, Ulisses Schwarz. **Direito e justiça em Niklas Luhmann**: complexidade e contingência no sistema jurídico. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2015, p. 145.

<sup>390</sup> LUHMANN, Niklas. **Organización y decisión**. Mexico: Editorial Herder, 2010, p. 224-225.

<sup>391</sup> LUHMANN, Niklas. **Complejidad y modernidad**: de la unidad a la diferencia. Edición y traducción de Jostxo Berian y José María García Blanco. Madrid: Editorial Trotta, 1998, p. 224.

mais que sejam relevantes e necessários os acoplamentos com outros sistemas sociais para a redução da maior complexidade ambiental, a decisão jurídico-coletiva sempre *poderá ser diferente*, haja vista, especialmente, a fugacidade e a elevada dinamicidade do sistema de interação do qual provém a comunicação coletiva.

Contingencialidade não é sinônimo de relativismo arbitrário, exatamente porque o sistema do direito tem sua autonomia e não abre mão desta sua autorreferência, tão somente porque observa a heterorreferência, até porque a observação do ambiente é feita a partir do próprio sistema, de modo que o sistema constrói seu ambiente.

Assim, a decisão jurídico-coletiva chega sempre atrasada em relação à fluidez do sistema de interação, de sorte que precisa ser validada como uma espécie de cláusula temporal *ceteris paribus* ou *rebus sic stantibus*, a fim de garantir um mínimo de “certeza equivalente”<sup>392</sup> do sistema jurídico frente ao sistema de interação a partir da disposição daquele em outorgar confiança neste,<sup>393</sup> o que reforça sua contingencialidade.

Enfim, o que importa mesmo para que a decisão jurídico-coletiva não fique incrustada em um solipsismo sistêmico-jurídico é uma clara delimitação do grupo e dos eventuais interesses a serem necessariamente levados em consideração no processo decisório, o que só se consegue com um mínimo de adequação social através da comunicação intersistêmica possibilitada pelos acoplamentos sistêmicos, no nosso caso, os acordos coletivos.

Como veremos adiante, o acordo coletivo, observado como acoplamento intersistêmico, pode contribuir muito para que se evitem *disfuncionalidades* nas decisões jurídico-coletivas. Com efeito, a produção deste tipo de decisão jurídica sempre acarretará elevadíssimos riscos sociais, pela própria imbricação de vários sistemas sociais envolvidos simultaneamente num mesmo evento, de sorte que deve ser evitada a tomada de decisão a partir da opinião pessoal de quem está por trás da organização que decide (do membro da organização, como sistema psíquico) e que quase sempre vem travestida sob o manto da “independência funcional” ou “liberdade de convicção” e justificada à guisa de estar dando efetividade a “valores”, “princípios jurídicos” ou aos “fins sociais e exigências do bem comum”.

---

<sup>392</sup> Para Luhmann, a *certeza equivalente* provém de uma confiança sistêmica formada automaticamente através da experiência afirmativa e contínua acerca da função específica do sistema. No caso do sistema econômico, por exemplo, cada vez que a confiança no dinheiro é institucionalizada e geralmente mantida, cria-se um tipo de certeza equivalente. LUHMANN, Niklas. **Confianza**. Mexico: Editorial Anthropos, 2005, p. 86.

<sup>393</sup> Sobre a necessária disposição do sistema para outorgar confiança: *ibidem*, p. 135-148.

### 3.3 A DIFERENÇA DOS DIREITOS DE GRUPOS: O SISTEMA DE INTERAÇÃO INFORMANDO, PRIMORDIALMENTE, A COMUNICAÇÃO COLETIVA E A NECESSIDADE DE ACOPLAMENTOS INTERSISTÊMICOS

De acordo com nossa observação, a decisão que insere o grupo no subsistema social do direito não pode prescindir de uma efetiva análise empírica que leve em conta não apenas aspectos quantitativos, mas, igualmente, *qualitativos* do chamado *everyday life* das pessoas que compõem cada grupo. Torna-se imprescindível, portanto, uma metodologia sociológica adequada para que a organização acoplada ao sistema do direito possa tomar a decisão jurídica, construindo internamente a comunicação coletiva, haja vista que estas informações do ambiente jurídico *não vão determinar* a operação jurídica, mas tão somente auxiliá-la, estimulando possíveis ressonâncias, pois na teoria de LUHMANN esta influência do sistema pelo ambiente não ocorre de maneira causal, linear, de modo que nenhum *input* ambiental pode se converter em um *output* sistêmico.

Com efeito, existe um “estrito hermetismo recursivo do sistema”, próprio da autopoiese de cada sistema, que, no caso do direito, significa “que não pode haver nem *input* normativo, nem *output* normativo”, ou seja, “o direito não pode importar as normas jurídicas de um ambiente social (não existe nenhum ‘direito natural’), tampouco pode dar normas a este ambiente (as normas jurídicas não podem valer como direito fora do direito)”.<sup>394</sup>

Como ensina JAVIER TORRES NAFARRATE:<sup>395</sup>

El entorno alerta, sacude, despierta, perturba las potencialidades propias del sistema (gatilla dirían los chilenos Maturana y Varela), pero nunca determina ni influencia directamente. [...] El modelo autopoietico es circular, por lo que no tiene sentido hablar ni de causas ni de efectos. [...] El sistema autopoietico no es teleológico – no opera en función de un fin –, se encuentra asociado a una historia mutua de cambios concordantes con el entorno. A este procedimiento se le llama ‘acoplamiento estructural’.

O sistema jurídico, como todos os demais subsistemas sociais, é dotado de clausura operativa, fechado autopoieticamente na reprodução de seus próprios elementos que

---

<sup>394</sup> LUHMANN, Niklas. **O enfoque sociológico da teoria e prática do direito**. Tradução: Cristiano Paixão; Daniela Nicola; Samantha Dobrowolski. Revista Sequência, n. 28, p. 15-29, jun. 1994, p. 20.

<sup>395</sup> NAFARRATE, Javier Torres. Nota a la version española. In: LUHMANN, Niklas. **Sociologia del riesgo**. Mexico: Universidad de Guadalajara, 1992.

remetem a uma rede recursiva de operações semelhantes, o que lhe garante a necessária *autonomia*,<sup>396</sup> “uma das mais importantes conquistas civilizatórias da sociedade, que é a possibilidade de ele se constituir como uma regra contramajoritária, quer dizer, a possibilidade de o direito constituir-se na experiência política como um critério importante para se opor inclusive às opiniões das maiorias democráticas”.<sup>397</sup> Afinal, um direito sem autonomia não é mais direito, perderia sua identidade frente às outras racionalidades (políticas, econômicas, científicas, religiosas etc.).

Paradoxalmente, o mesmo fechamento que garante autonomia, impedindo a comunicação intersistêmica em termos lineares, também possibilita a abertura do sistema para as informações do ambiente que poderão ser selecionadas e autoprocessadas pelo e no sistema. A clausura operacional dos sistemas sociais é assegurada pela codificação binária, sendo que no nível da programação é possível adjudicar quais os aspectos e em quais ocasiões o sistema processaria cognições.<sup>398</sup>

Assim, “precisamente con base en esta clausura normativa el derecho se abre a innumerables estados y sucesos del entorno – estos sucesos obtienen un valor de información *sólo por medio y dentro del sistema*” (grifos nossos), ou, por outro giro verbal, “la cuota de conocimiento que atribuye al entorno es una operación puramente interna y no un proceso de ‘transfer’ de informaciones”.<sup>399</sup>

Este paradoxo da abertura no fechamento, que reforça o afastamento da perspectiva luhmanniana em relação ao positivismo normativista kelseniano, “trata-se, com outras palavras, por um lado (externamente), de abertura cognitiva adequada ao ambiente, capacidade de aprendizagem e reciclagem em face deste; por outro (internamente), da capacidade de conexão da reprodução normativa autopoietica”.<sup>400</sup>

Portanto, a autonomia do sistema jurídico “não significa que o direito surge a partir de si mesmo, sem um estímulo externo; mas sim que só se torna direito aquilo que *passa pelo filtro de um processo e através dele passa a ser reconhecido* (grifos nossos)”.<sup>401</sup>

<sup>396</sup> De acordo com Luhmann, autonomia não significa o mesmo que clausura operacional, mas é sua *consequência*. LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Mexico: Editorial Herder, 2005, p. 118.

<sup>397</sup> SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Decisão jurídica e autonomia do direito**: a legitimidade da decisão para além do constitucionalismo e democracia. In: FIGUEIREDO, Eduardo Henrique Lopes; MONACO, Gustavo Ferraz de Campos; MAGALHÃES, José Luiz Quadros de (Coords.). *Constitucionalismo e democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 147.

<sup>398</sup> LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Mexico: Editorial Herder, 2005, p.149.

<sup>399</sup> LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Mexico: Editorial Herder, 2005, p. 141-142.

<sup>400</sup> NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2013, p. 139.

<sup>401</sup> LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito II**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p. 19.

De acordo com a acertada observação de RAFAEL LAZZAROTTO SIMIONI,<sup>402</sup>

se não podemos conceber o direito isolado e fechado em uma autonomia formal no estilo do normativismo kelseniano, [...] também não podemos simplesmente apostar todas as fichas em uma concepção tão aberta da juridicidade que dilui a sua autonomia na materialidade das exigências sociais [...].

Nesse sentido, o pluralismo jurídico na acepção da teoria dos sistemas autopoieticos só pode ser entendido como uma pluralidade de descrições dos programas normativos, não de códigos do sistema jurídico.<sup>403</sup>

Certamente, não é tarefa fácil encontrar o ponto de equilíbrio entre a autonomia do direito enquanto um sistema capaz de oferecer respostas adequadas aos problemas sociais concretos e a sensibilidade jurídica às exigências prático-materiais da sociedade e do homem.<sup>404</sup>

A teoria dos sistemas autopoieticos, ao observar os sistemas, simultaneamente, fechados e abertos, a partir do paradoxo da abertura no fechamento, consegue preservar a autonomia sistêmica e, ao mesmo tempo, permitir que o sistema se sensibilize autoirritando-se com as informações do ambiente, eventualmente modificando sua estrutura, mas sempre reproduzindo a diferença sistema-ambiente. É o modo de o sistema combinar ressonância e variação, ambas necessárias. Afinal, “o jurista profissionalmente comprometido há de saber utilizar e diminuir a redundância ao mesmo tempo. Deve saber reduzir e aumentar, simultaneamente, a insegurança, que surgiu pela dependência de informações ulteriores, e dirigi-la com base nelas”.<sup>405</sup>

O contato do sistema com seu ambiente, sempre indireto, ocorre através dos acoplamentos estruturais e operacionais que visam justamente reduzir a complexidade do

<sup>402</sup> SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Decisão jurídica e autonomia do direito**: a legitimidade da decisão para além do constitucionalismo e democracia. In: FIGUEIREDO, Eduardo Henrique Lopes; MONACO, Gustavo Ferraz de Campos; MAGALHÃES, José Luiz Quadros de (Coords.). Constitucionalismo e democracia. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 148.

<sup>403</sup> SIMIONI, Rafael Lazzarotto. Normatividade e fundamentação material do direito na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann: o problema da normatividade implícita na dimensão construtivista da observação de segunda ordem. In: BARRETTO, Vicente de Paulo; DUARTE, Francisco Carlos; SCHWARTZ, Germano (Orgs.). **Direito da sociedade policontextual**. Curitiba: Appris, 2013, p. 339.

<sup>404</sup> SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Decisão jurídica e autonomia do direito**: a legitimidade da decisão para além do constitucionalismo e democracia. In: FIGUEIREDO, Eduardo Henrique Lopes; MONACO, Gustavo Ferraz de Campos; MAGALHÃES, José Luiz Quadros de (Coords.). Constitucionalismo e democracia. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 148.

<sup>405</sup> LUHMANN, Niklas. **O enfoque sociológico da teoria e prática do direito**. Tradução: Cristiano Paixão; Daniela Nicola; Samantha Dobrowolski. Revista Sequência, n. 28, p. 15-29, jun. 1994, p. 22.

ambiente e, no nosso caso, viabilizar uma decisão jurídico-coletiva minimamente adequada ao seu entorno social interno.

No caso da decisão jurídico-coletiva, os acoplamentos com o sistema da interação e, conseqüentemente, com a ciência (no caso, a sociologia) são importantes justamente para possibilitar a observação da comunicação coletiva produzida no ambiente do sistema jurídico, já que o direito não tem acesso direto ao seu ambiente. Levar isto em conta na decisão jurídica, a partir dos acordos coletivos que permitem autoirritações recíprocas entre sistemas sociais, aproximaria os afetados (grupos) aos centros decisórios (organizações do sistema do direito), garantindo maior legitimidade à decisão e mitigando seu risco. Afinal, “um dos problemas que a moderna teoria do risco tem de enfrentar está relacionado com a forma de organizar os processos de aprendizagem perante situações de elevada incerteza, isto é, como podemos tomar decisões perante cenários de largas margens de incerteza?”.<sup>406</sup>

Ademais, esta redução da distância entre a perspectiva de quem toma a decisão jurídico-coletiva, ou seja, da organização da periferia que está acoplada ao sistema jurídico (perspectiva do risco, de acordo com a proposta de LUHMANN) e a de quem se encontra submetido às decisões (perspectiva do perigo, conforme LUHMANN), também possibilita a construção de uma *maior confiança intersistêmica*, ainda que tudo isto ocorra considerando a contingencialidade do lado indicado pela decisão no momento da seleção entre as possíveis alternativas.

Todavia, diga-se de passagem, os acoplamentos não são qualquer panaceia para os problemas de observação e de sensibilidade sistêmica,<sup>407</sup> mas apenas um caminho possível para a adequação social da decisão jurídica, para que se possa conceber a decisão jurídica, em especial aquela que tem como referência a comunicação coletiva, como uma adequada mediação entre a autonomia do direito e as razões do mundo prático, para que se possa realmente levar em conta o maior número possível de multiculturalidades.

É altamente recomendável, portanto, que o sistema jurídico possa se abrir cognitivamente às incertezas ambientais e receber prestações dos demais sistemas sociais, especialmente do sistema de interação, através da linguagem da sociologia que trabalha com métodos quali-quantitativos para observar as pessoas em suas interações face a face,

---

<sup>406</sup> Nesse sentido: SIMIONI, Rafael Lazzarotto; GOMES, Renata Nascimento. **O princípio ambiental da informação na forma de complexidade, confiança e risco**. Revista de Direito Ambiental, v. 80, p. 59-75, dez. 2015.

<sup>407</sup> SIMIONI, Rafael Lazzarotto. Normatividade e fundamentação material do direito na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann: o problema da normatividade implícita na dimensão construtivista da observação de segunda ordem. In: BARRETTO, Vicente de Paulo; DUARTE, Francisco Carlos; SCHWARTZ, Germano (Orgs.). **Direito da sociedade policontextural**. Curitiba: Appris, 2013, p. 336.

produzindo comunicações coletivas, ou seja, para que seja possível, após todo este diagnóstico de campo quantitativo e qualitativo, permitir que o subsistema do direito possa, autônoma e internamente, construir o(s) sentido(s) jurídico(s) do(s) grupo(s) que, necessariamente, será(ão) contingencial(is) (“pode ser diferente”), pois, como adverte LUHMANN, “la complejidad del mundo no puede reflejarse dentro del sistema en todas sus dimensiones de tiempo y circunstancia actual, porque el sistema mismo no es suficientemente complejo para hacerlo”.<sup>408</sup>

No caso do sistema jurídico, a questão das comunicações intersistêmicas reflete diretamente no modo de *adjudicação* do código do direito, ou seja, nos programas do direito e não propriamente em sua unidade operacional, seu código, que se mantém invariável (enclausurado), assegurando a identidade do direito, com sua peculiar e única autopoiese.

Desse modo, “é no programa e não no código, pois, que a complexidade do ambiente provoca consequências perversas. [...] Toda programação (legislação) pode ser mudada para atualizar-se às constantes novidades do ambiente, mas o código operacional (direito-não direito) não muda”.<sup>409</sup> A interpretação do programa do sistema do direito também pode sofrer mudanças a partir das *percepções seletivas*<sup>410</sup> que os sistemas organizacionais acoplados ao sistema jurídico fazem das informações do ambiente, construindo seus próprios sentidos a partir de suas decisões. Pela interpretação e através das argumentações como busca de razões imparciais, o sistema pode assimetrizar a ressonância,<sup>411</sup> ou seja, reduzir e aumentar, simultaneamente, a insegurança que surge em razão da dependência do sistema com informações ulteriores.

De um modo geral, as análises que a doutrina tem feito no campo da tutela jurídico-coletiva ficam reduzidas a uma dimensão eminentemente normativa, demonstrando certa *insensibilidade* do sistema do direito para com seu ambiente, especialmente intrassocial (a sociedade e os demais sistemas sociais), o que, em se tratando de comunicação jurídico-coletiva, é muito temerário e beira à filosofia da consciência, já que, segundo pensamos, é justamente o sistema de interação que pode informar o sistema do direito, de maneira

---

<sup>408</sup> LUHMANN, Niklas. **Confianza**. Mexico: Editorial Anthropos, 2005, p. 139.

<sup>409</sup> SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Direito ambiental e sustentabilidade**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 144.

<sup>410</sup> Para uma abordagem da interpretação jurídica e percepção seletiva, ver: SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Interpretação jurídica e percepção seletiva: a dimensão organizacional da produção de sentido no direito**. Revista Brasileira de Direito, v. 11, n. 1, p. 135-147, jan.-jun. 2015.

<sup>411</sup> LUHMANN, Niklas. **O enfoque sociológico da teoria e prática do direito**. Tradução: Cristiano Paixão; Daniela Nicola; Samantha Dobrowolski. Revista Sequência, n. 28, p. 15-29, jun. 1994, p. 22.

*primordial*, acerca da comunicação coletiva pelos mais variados grupos que lá se encontram em interação presencial (não necessariamente física), o que tem uma relevância ainda mais acentuada nos casos de direitos de grupos cujas pessoas possam ser numericamente quantificadas.

Assim, dizemos ser primordial, mas não exclusivo, justamente porque o sistema do direito não está fechado cognitivamente às comunicações dos outros sistemas sociais, especialmente dos chamados sistemas peritos, que podem ser igualmente imprescindíveis à decisão jurídica (v.g. em temáticas ecológicas).

Além disso, é importante dizer que quando se propõe levar a sério o sistema de interação para a tomada da decisão jurídico-coletiva, não estamos, nem de longe, defendendo a ideia de compreensão da sociedade a partir da interação. Com efeito, como salienta GÜNTHER TEUBNER, “diante da policontextualidade, ou seja, diante da emergência de estruturas sociais intermediárias, altamente fragmentadas, e da dissociação de sistemas de interação, de organizações formais e do sistema social, não se pode mais compreender a sociedade a partir da interação”.<sup>412</sup> A questão que acentuamos é tão somente a necessidade de se levar em conta, de observar e não simplesmente dar as costas à comunicação coletiva produzida no sistema de interação para que o sistema do direito possa internamente, a partir de sua própria rede recursiva de comunicação, reconstruir o sentido. Nosso golpe, pois, é bem mais direcionado: condenamos a suposta autossuficiência do sistema jurídico para o trato das questões envolvendo grupos. Repudiamos a decisão jurídico-coletiva a partir de uma visão hierárquica ou privilegiada do direito, como uma instância que pudesse falar em nome de uma “ordem superior”, em que todos os demais sistemas sociais lhe estivessem subordinados.

De todo modo, o fato é que uma abordagem normativa isolada tem grande potencialidade de gerar uma grave distorção (inadequação) frente ao ambiente sistêmico, sobretudo quando o tema-objeto de decisão gira em torno justamente da *inclusão-exclusão jurídica de grupos* ou, como preferir, dos chamados “novos” direitos, pois, principalmente quando se está diante de direitos difusos nos quais não há pessoas quantificáveis, abre-se um flanco muito propício (e altamente perigoso) para que os centros decisórios simplesmente passem a atropelar a identidade e o interesse do grupo e tomar decisões conforme a “independência funcional”, “a própria consciência” (vetusto e não acolhido “livre” convencimento do juiz – CPC, art. 371) ou conforme a “subjetividade

---

<sup>412</sup> TEUBNER, Günther. **Justiça autossubversiva**: fórmula de contingência ou de transcendência do direito. Revista Eletrônica do Curso de Direito – PUC-Minas Serro, n. 4, 2011, p. 20.

assujeitadora”<sup>413</sup> do membro da organização periférica decisora (v.g. promotor de justiça, defensor público, advogado de associações e sindicatos, procurador do estado/União/município etc.).

O conceito de grupo como comunicação coletiva pode ser aplicado a uma variedade muito grande de fenômenos sociais, pois cada época histórica escolhe características dessas manifestações para construir sua própria imagem sobre o que constitui o grupo, sendo que todas essas construções acabam refletindo o compartilhamento de desejos, medos, esperanças, preocupações e expectativas através de experiências contemporâneas.<sup>414</sup>

Quando LUHMANN trata das distinções utilizadas nas construções da Teoria das Organizações, aborda especificamente a distinção *organização formal e organização informal*, resultado de experimentos conduzidos pela ciências sociais sobre a organização taylorista do trabalho<sup>415</sup> (FREDERICK TAYLOR), que pressupunha um conflito estrutural entre motivos individuais e fins organizacionais, partindo do fato de que *os motivos dos indivíduos poderiam se hospedar nos grupos antes que nas organizações formais*.

Neste contexto, revelou-se útil o conceito de *grupo*, que estava em moda na psicologia social, de sorte que a abordagem se adapta bem às possibilidades da *investigação social empírica*.<sup>416</sup>

Com efeito, de acordo com LUHMANN:<sup>417</sup>

Con Heinz von Foerster se podría decir que el grupo es una máquina no trivial, una máquina histórica, que no trabaja sobre la base de reglas fijas (esto es lo que debería asegurar la organización formal), sino que se orienta según el estado en el cual en cada momento se encuentra. Lo que se obtiene, entonces, es más bien un modo de observar y no un saber estable; un modo de observar que presta atención a las condiciones sociales ‘locales’ del comportamiento de los individuos, sin clasificarlas apresuradamente como conformes o desviadas según el esquema de la organización formal.

---

<sup>413</sup> De acordo com Lenio Luiz Streck, a partir de outro paradigma, “o sujeito surge da linguagem e pela linguagem, a partir do que se pode dizer que o que morre é a subjetividade ‘assujeitadora’, e não o sujeito da relação de objetos [...] em regimes e sistemas democráticos, não há (mais) espaço para que a ‘convicção pessoal do juiz’ seja o ‘critério’ para resolver as indeterminações da lei [...]. A justiça e o Judiciário não podem depender da opinião pessoal que juízes e promotores tenham sobre as leis ou os fenômenos sociais [...]”. STRECK, Lenio Luiz. **Decido conforme minha consciência?** Coleção O que é isto? Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 14, 15, 56 e 115.

<sup>414</sup> HONNETH, Axel. **The I in we: studies in the theory of recognition**. Polity Press, 2014, p. 201.

<sup>415</sup> O taylorismo caracteriza-se pela ênfase nas tarefas, objetivando o aumento da eficiência ao nível operacional, ou seja, fazer as tarefas de modo mais inteligente e com a máxima economia de esforço. Para isso era preciso selecionar corretamente o operário, e treiná-lo na função específica que iria desenvolver.

<sup>416</sup> LUHMANN, Niklas. **Organización y decisión**. Mexico: Editorial Herder, 2010, p. 41-42.

<sup>417</sup> *Ibidem*, p. 42-43.

Ao final, LUHMANN arremata, com todas as letras: “*el concepto de grupo, que es poco apto para ser desarrollado teóricamente, puede ser sustituido por la teoría de la interacción entre presentes*” (grifos nossos).<sup>418</sup>

Esta passagem da obra *Organización y decisión* ilumina nosso caminho, permitindo concluir que a investigação empírica do grupo *no sistema de interação* é necessária para que a decisão jurídico-coletiva tenha um mínimo de adequação social, mas, simultaneamente, mostra que a decisão jurídico-coletiva, mesmo levando em conta esta informação ambiental, sempre chega atrasada em razão da elevadíssima mutabilidade/dinamicidade da comunicação coletiva observável no sistema de interação.

Desse modo, para a decisão jurídico-coletiva valeria uma espécie de cláusula *ceteris paribus*, ou seja,

el sistema se ayuda, en gran medida, suponiendo contrafácticamente que, durante un largo proceso de absorción de incertidumbre, el entorno se mantiene constante [...]. Dicho en otros términos, vale una especie de cláusula temporal del tipo ‘*ceteris paribus*’, apoyada en que el propio mundo, naturalmente, permanece siempre igual.<sup>419</sup>

Relembremos que os sistemas sociais podem assumir três distintas formas, de acordo com os pressupostos sob os quais os processos de autosseleção e formação das fronteiras ocorrem. Assim, podem ser distinguidos sistema de interação, sistema organizacional (organizações) e sistema societário (sociedade).

Para LUHMANN, esta distinção tríade corresponde aos mais importantes centros de gravidade na atual pesquisa sociológica: a teoria do comportamento face a face ou interação mediada simbolicamente, a teoria das organizações e abordagens à teoria da sociedade, não havendo possibilidade de uma perspectiva conglobante, absoluta ou autossuficiente de qualquer um desses três sistemas, mesmo a teoria sociedade, como omniabarcadora de todo o sistema social, é confrontada com seus próprios limites.<sup>420</sup>

De acordo com LUHMANN:<sup>421</sup>

---

<sup>418</sup> *Ibidem*, p. 45.

<sup>419</sup> LUHMANN, Niklas. **Organización y decisión**. Mexico: Editorial Herder, 2010, p. 248.

<sup>420</sup> LUHMANN, Niklas. **Interaction, organization and society**. In: *The differentiation of society*. New York: Columbia University Press, 1982, p. 71.

<sup>421</sup> *Ibidem*, p. 77.

Not all social systems are ‘personal interactions’, not all are ‘societies’, and (most emphatically) not all are ‘organizations’. As a result, sociological theories parochially attached to any single one of the three basic types of system can have only a limited range of empirical applicability. None of them can grasp the length, breadth and depth of social reality. Even the all-embracing system of society, although it contains the other types of system, is not their prototype.

A fronteira tangível do sistema de interação está no fato de que nós podemos falar *com* mas não *sobre* aqueles que estão presentes ou, por outro lado, apenas *sobre* mas não *com* aqueles que estão ausentes.

Precisamos frisar com tintas fortes o seguinte: a linguagem torna possível, dentro do sistema de interação, lidar com aqueles que estão ausentes.<sup>422</sup> Além disso, o sistema de interação desponta exatamente “when the present individuals perceive one another”,<sup>423</sup> sendo que esta “presença percebida por outro” não precisa ser, necessariamente, física e nem, muito menos, a percepção necessita ser ininterrupta temporalmente, podendo perfeitamente haver pausas para posterior continuidade em encontros físicos ou mantendo-se a percepção da presença de modo virtual (o que podemos verificar nas recentes manifestações populares ocorridas no Brasil, cujas interações eram intercaladas entre o físico e o virtual), *sem que se fale em interrupção da autopoiese do sistema de interação*.

Estas características – presença imediata (física) e durabilidade da interação enquanto mantiver esta presença até que a penúltima pessoa tenha se retirado – não fazem parte, rigorosamente, do conceito de interação, mas de “situação social”, denominação dada por ERVING GOFFMAN justamente ao momento em que dois ou mais indivíduos se encontram na presença imediata um do outro e dura até que a penúltima pessoa tenha se retirado, ou sejam pressupõe sempre, no mínimo, duas pessoas em interação imediata. GOFFMAN utiliza este conceito para apontar algo que estaria sendo negligenciado pelos estudiosos interessados nas propriedades da fala e nos correlatos linguísticos da estrutura social.<sup>424</sup>

O referido autor ainda esclarece que “existem certas combinações sociais, de todos ou de alguns dos presentes, que pressupõem uma maior ou mais extensa estruturação da

---

<sup>422</sup> *Ibidem*, p. 72.

<sup>423</sup> *Ibidem*, p. 71.

<sup>424</sup> GOFFMAN, Erving. A situação negligenciada. In: **Sociolinguística interacional**. RIBEIRO, Branca Telles; GARCEZ, Pedro M. (Orgs.). São Paulo: Edições Loyola, 2013, p. 16-17.

conduta”.<sup>425</sup> Para estas orientações conjuntas, GOFFMAN dá o nome de “encontros ou “comprometimentos de face”.

De acordo com o autor, há três possíveis maneiras de verificar os encontros no âmbito dos agrupamentos sociais:

- a) um agrupamento não compreende qualquer encontro, havendo meros participantes descomprometidos uns com os outros e reunidos por uma interação sem foco distinto;
- b) um agrupamento pode compreender um encontro que contém em si mesmo todos os participantes da situação (v.g. interação sexual);
- c) um agrupamento pode compreender um “encontro acessível”, que, de acordo com GOFFMAN, “deve prosseguir na presença de participantes descomprometidos *ou de outros encontros*” (grifos nossos).<sup>426</sup>

É exatamente neste “encontro acessível” que podemos vislumbrar os grupos que formam os movimentos sociais. Em tais situações, a interação (i)mediata no agrupamento é mantida por determinado tempo, podendo haver pausas nas interações imediatas (físicas) e outras combinações ou encontros posteriormente, sem que isto comprometa a autopoiese do sistema de interação.

De acordo com ARMIN NASSEHI, “the autopoiesis of interactions depends on the mutual perception of persons who are able to respond to each other in real-time”.<sup>427</sup> Portanto, é a percepção mútua das pessoas em tempo real, mas não necessariamente a presença *física*.

Diferentemente do que poderia se concluir num primeiro momento, LUHMANN *não condiciona* a autopoiese do sistema de interação à presença *física e imediata* de indivíduos, mas a uma *personal presence* como o princípio que governa o sistema interacional, ou seja, aquele que não estiver presente não pertence ao sistema.

Esta presença pessoal deve sofrer uma necessária releitura num contexto social em que os grilhões dos territórios físicos foram desmantelados com o advento da *internet*, de sorte que o espaço passa a não impor mais limites à ação e seus efeitos, contando pouco ou

---

<sup>425</sup> *Ibidem*, p. 17.

<sup>426</sup> GOFFMAN, Erving. A situação negligenciada. *In: Sociolinguística interacional*. RIBEIRO, Branca Telles; GARCEZ, Pedro M. (Orgs.). São Paulo: Edições Loyola, 2013, p. 18.

<sup>427</sup> NASSEHI, Armin. **Organisations as decision machines**: Niklas Luhmann’s theory of organized social systems. *In: The Editorial Board of the Sociological Review*, 2005. Published by Blackwell Publishing Ltd, 9600 Garsington Road, USA.

quase nada.<sup>428</sup> A realidade virtual verificada no ciberespaço, ou seja, no “espaço de comunicação aberto pela interconexão mundial dos computadores e das memórias dos computadores”<sup>429</sup> aponta, de forma inquestionável, para a conclusão de que o sistema de interação não se reproduz exclusivamente na percepção *física* entre pessoas presentes.

Portanto, a fronteira tangível desse sistema é revelada pelo fato de que nós podemos falar apenas *com* (mas não *sobre*) quem está presente ou, por outra forma, apenas *sobre* (mas não *com*) aqueles que estão ausentes.<sup>430</sup> O código é presença-ausência e não necessariamente a presença *física*. A presença, portanto, pode ser *virtual*, como aliás recentemente se observou no Brasil nos preparativos de várias manifestações pró e contra *impeachment*, em que tudo era programado através de interações realizadas pelas redes sociais e aplicativos de celulares.

No livro que representa sua virada autopoietica, apesar de em determinado momento LUHMANN expressamente escrever que “los sistemas de interación tienen también límites claramente determinados o, en todo caso, determinables que incluyen todo aquello que pueda ser tratado como *físicamente* presente [...]”<sup>431</sup> (grifos nossos), na sequência esclarece que “el criterio delimitativo de la presencia física hace valer la significancia especial de los *procesos de percepción* para la constitución de los sistemas de interación” (grifos nossos).

Assim, a tônica é muito mais na *perceptibilidadade da outra pessoa* do que propriamente no contato físico. Além disso, nem toda presença perceptível deve ser levada em conta para se incluir na interação (v.g. aqueles que estão sentados em outras mesas nos restaurantes<sup>432</sup>).

Portanto, os processos de percepção é que acabam por delimitar a presença física, de sorte que, pela nossa leitura, fica autorizada a presença virtual para fins de configuração do sistema interacional, desde que haja a percepção entre os presentes. Ao nosso sentir, isto permite um olhar diferenciado aos movimentos sociais ou de protesto para inseri-los

<sup>428</sup> BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001, p. 136.

<sup>429</sup> LÉVY, Pierre. **Cibercultura**. São Paulo: Editora 34, 1999, p. 92.

<sup>430</sup> LUHMANN, Niklas. **Interaction, organization and society**. In: The differentiation of society. New York: Columbia University Press, 1982, p. 71.

<sup>431</sup> LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociales**: lineamentos para una teoría general. Trad. Silvia Pappe y Brunhilde Erker. Coord. Javier Torres Nafarrate. Rubí (Barcelona): Anthropos; Mexico: Universidad Iberoamericana; Santafé de Bogotá: CEJA, Pontificia Universidad Javeriana, 1998, p. 369.

<sup>432</sup> LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Mexico: Editorial Herder, 2007, p. 645.

no sistema de interação,<sup>433</sup> como um possível “subsistema interacional”, mas, evidentemente, não adentraremos nesta questão por refugir os limites do trabalho. Para os fins da presente tese, é suficiente considerar os movimentos sociais ou de protesto como inseridos no sistema de interação.

Pois bem. Ao contrário da comunicação, a percepção é uma forma menos exigente de obter informação, pois permite informação que não requer a seleção ou a comunicação como informação. Trata-se de “una ganancia de información psíquica que se transforma en un fenómeno social, es decir, en una articulación de la doble contingencia, cuando puede percibir que alguien percibe”.<sup>434</sup>

Assim, torna-se perfeitamente possível que a percepção se verifique virtualmente, pois, como o próprio LUHMANN afirma, “la presencia implica que una reunión de personas conduce la selección de las percepciones y elige las perspectivas en función de su relevancia”.<sup>435</sup>

Comunicações interacionais contêm uma *meta-communication*<sup>436</sup> comunicando que se trata de uma comunicação entre pessoas presentes, sendo que *quem define os participantes presentes é a própria interação*, ou seja, a presença trata-se de uma construção social da interação,<sup>437</sup> de modo que a indicação do lado da presença na forma presente-ausente não pressupõe necessariamente o contato *físico* entre os indivíduos. Tudo vai depender da própria interação.

Além disso, assim como o *coffee break* não interrompe a autopoiese da interação ocorrida numa reunião de negócios,<sup>438</sup> a pausa das manifestações nas ruas pelos movimentos sociais não interfere na autopoiese do sistema de interação que permanece ativa entre pessoas presentes, através da rede mundial de computadores ou de aplicativos

<sup>433</sup> Em sentido contrário, por todos: LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Mexico: Editorial Herder, 2007, p. 675.

<sup>434</sup> LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociales: lineamentos para una teoría general**. Trad. Silvia Pappe y Brunhilde Erker. Coord. Javier Torres Nafarrate. Rubí (Barcelona): Anthropos; Mexico: Universidad Iberoamericana; Santafé de Bogotá: CEJA, Pontificia Universidad Javeriana, 1998, p. 369.

<sup>435</sup> LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociales: lineamentos para una teoría general**. Trad. Silvia Pappe y Brunhilde Erker. Coord. Javier Torres Nafarrate. Rubí (Barcelona): Anthropos; Mexico: Universidad Iberoamericana; Santafé de Bogotá: CEJA, Pontificia Universidad Javeriana, 1998, p. 371.

<sup>436</sup> Os sistemas organizacionais também comunicam uma metacomunicação, que diz que o centro decisório tinha o direito, a autoridade ou outras boas razões para decidir do modo que foi feito.

<sup>437</sup> SEIDL, David. **Organisational interactions in Luhmann’s theory of social systems**. Ludwig-Maximilians-Universität München, Munich School of Management.

<sup>438</sup> *Ibidem*, p. 9.

em telefones celulares. Tudo continua sendo interação. A mesma interação, novos “encontros” e novas formas de percepção.

Um exemplo emblemático desta situação é trazido por ANDRÉA ZHOURI e LILIAN ALVES GOMES quando abordam a tentativa de invisibilização dos ambientalistas e atingidos pelo complexo hidrelétrico Capim Branco durante o licenciamento ambiental conduzido pela Fundação Estadual do Meio Ambiente de Minas Gerais (Feam). As autoras apontam que “pelo fato de conter grupos sociais variados e distintos daqueles mais comumente identificados pela literatura corrente, este caso se apresentou de forma oportuna para uma compreensão de práticas políticas de resistência que compreendem *atores sociais em rede*” (grifos nossos).

De acordo com as autoras, “uma variada gama de atores se fez presente no licenciamento ambiental do complexo Capim Branco, tais como proprietários de terras, meeiros, posseiros, vaqueiros, sitiantes, técnicos e professores universitários, estudantes, donas de casa, advogados, ambientalistas e um movimento social, o MST”.

Ainda conforme as pesquisadoras, e aqui a relevância para nosso tema,

Apesar de não terem se estabelecido como um movimento coletivo institucionalizado e coeso, os atores articularam suas estratégias em conquistas pontuais. As ações em rede não constituíram uma pauta comum e unificada de reivindicação, mas convergiram no sentido de explicar que o conflito fosse tratado legitimamente pelos órgãos ambientais nas várias instâncias do licenciamento e após.<sup>439</sup>

Portanto, verifica-se uma verdadeira *comunicação coletiva* produzida na interação entre diversos atores, sem que pudesse falar propriamente em um “movimento social”, com uma bandeira e atuações coesas. As reivindicações não eram unificadas. Não havia uma pauta comum, mas, mesmo assim, conquistas pontuais foram obtidas e havia convergência de que o conflito devesse ser levado em conta pelos órgãos ambientais e pelo sistema do direito, diante de várias ações judiciais ajuizadas.

Por outro lado, LUHMANN também deixa claro que os sistemas de interação podem, eventualmente, consolidar sistemas *permanentes*,<sup>440</sup> que é exatamente o caso, segundo

---

<sup>439</sup> ZHOURI, Andréa; GOMES, Lilian Alves. **Da invisibilidade à resistência**: atores-rede no licenciamento ambiental das hidrelétricas Capim Branco I e II (Complexo Amador Aguiar), MG. *In*: ZHOURI, Andréa (Org.). *As tensões do lugar: hidrelétricas, sujeitos e licenciamento ambiental*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2011, p. 273-293.

<sup>440</sup> LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociais**: lineamentos para una teoría general. Trad. Silvia Pappe y Brunhilde Erker. Coord. Javier Torres Nafarrate. Rubí (Barcelona): Anthropos; Mexico: Universidad Iberoamericana; Santafé de Bogotá: CEJA, Pontificia Universidad Javeriana, 1998, p. 185.

pensamos, dos *movimentos sociais* que carregam suas bandeiras de forma contínua. Nesse prisma, poder-se-ia conceber os grupos ou movimentos sociais como um subsistema do sistema interacional.

De todo modo, o que queremos mostrar é uma evidente necessidade de o sistema do direito, mais especificamente, o sistema organizacional acoplado ao sistema do direito, deixar se (auto)irritar pelo sistema da interação quando se trata de produzir decisão jurídico-coletiva, o que é viabilizado mediante acoplamento com a sociologia, habilitada metodicamente à análise empírica das pessoas em interação produzindo comunicação coletiva, para poder construir internamente a decisão conforme sua própria autopoiese.

Este necessário acoplamento entre o sistema jurídico e o sistema de interação que sustentamos para que seja atualizada a decisão jurídico-coletiva, aliás, vai exatamente ao encontro da assertiva de LUHMANN: “the legal system [...] is probably more dependent than any other subsystem on receiving impulses or input from interaction systems [...]”.<sup>441</sup> Evidentemente que esta dependência apenas é possível em razão da independência do sistema jurídico. Nesse sentido, um sistema como o direito cujas decisões são baseadas em normas é indiferente às questões de quando e por que se inicia um processo comunicacional com significância jurídica. Esta independência, contudo, “results in a generalized (and thus not easily controllable) dependence on the aggregate effect of many interactions”.<sup>442</sup>

Portanto, tomar uma decisão jurídico-coletiva sem esse cuidado acarreta o que chamamos de *deficit* coletivo, uma verdadeira desdiferenciação da forma coletivo-individual no interior do sistema do direito, o que, para a dogmática do direito, poderia representar a insubsistência de todo o “sistema processual civil coletivo”.

É importante notar que, embora plástico, o conceito de grupo não é metafísico, pois, na linha de LUHMANN, permite sua percepção concreta a partir da observação do sistema de interação que o sistema do direito não tem acesso direto. Por outro lado, não é ontológico, no sentido de ter uma essência tangível. Pelo contrário, *o grupo é a própria comunicação coletiva no interior do sistema de interação, comunicação esta produzida por pessoas em interação face a face, muito embora a individualização de cada pessoa seja absolutamente dispensável para a decisão jurídico-coletiva.*

---

<sup>441</sup> LUHMANN, Niklas. Communication about law in interaction systems. *In: Advances in social theory and methodology: toward an integration of micro and macro-sociologies*. Edited by K. Knorr-Cetina and A. V. Cicourel. London and New York: Routledge Library Editions, 2015, p. 246.

<sup>442</sup> LUHMANN, Niklas. Communication about law in interaction systems. *In: Advances in social theory and methodology: toward an integration of micro and macro-sociologies*. Edited by K. Knorr-Cetina and A. V. Cicourel. London and New York: Routledge Library Editions, 2015, p. 247.

Aqui há um claro paradoxo: o coletivo é o que não é individual, mas é aferido exatamente a partir do individual. O coletivo necessita do outro lado da forma para poder se diferenciar. Não há aqui contradição do tipo, coletivo *igual* a individual, mas paradoxo, ou seja, coletivo *por causa* do individual. Não há, pois, qualquer hierarquia do coletivo sobre o individual, ou vice-versa, como se observa por vezes na dogmática jurídica. São simplesmente duas caras de uma *mesma forma*.

Enfim, não se chega ao grupo a não ser analisando as pessoas que integram ou possam integrar o grupo,<sup>443</sup> reforçando a ideia de LUHMANN de que há sinais que indicam que o conceito de grupo deve ser substituído por uma teoria dos sistemas de interação.<sup>444</sup>

Assim, não deixa de ter certa razão a orientação teórica que parte de uma explanação dos grupos sociais que seja neutra em relação à psicanálise, à sociologia e à ciência política, devendo ser entendidos, independentemente do tamanho ou tipo, como mecanismos sociais que servem aos interesses ou necessidades *dos indivíduos*, auxiliando-os a alcançar estabilidade e crescimento pessoal.<sup>445</sup> É exatamente o eu em nós.

Em todo grupo há, pois, o compartilhamento de conceitos e símbolos que são válidos somente para os membros daquele grupo e são entendidos por eles diante do pano de fundo de vivências comuns, fazendo parte do cotidiano e do mundo simbólico da comunidade,<sup>446</sup> tudo isto, portanto, na dinamicidade e instabilidade interacional. Não tendo acesso direto ou linear ao sistema de interação, tornando-se imprescindível o auxílio dos acoplamentos intersistêmicos para que a decisão jurídica possa indicar o coletivo e fazer a diferença.

É justamente a pesquisa empírica realizada pela sociologia que possibilita observar a utilização de procedimentos que os membros de grupos se valem para alcançar um entendimento mútuo,<sup>447</sup> os chamados etnométodos, objeto de estudo da etnometodologia, bem como a construção de DSCs, fornecendo uma valiosa e indispensável contribuição ao sistema jurídico, ainda que se leve em conta a advertência de LUHMANN de que “ninguna

<sup>443</sup> Nicolás López Calera afirma ser absurdo pensar que haja povos ou nações em que/onde não exista sujeito individual com corpo e palavra. CALERA, Nicolás López. **Sobre los derechos colectivos**. In: ROIG, Francisco Javier Ansuategui (Ed.). Una discusión sobre derechos colectivos. Madrid: Dykinson, 2001, p. 41.

<sup>444</sup> LUHMANN, Niklas. **Organización y decisión**. Mexico: Editorial Herder, 2010, p. 45.

<sup>445</sup> HONNETH, Axel. **The I in we: studies in the theory of recognition**. Polity Press, 2014, p. 203.

<sup>446</sup> FORST, Rainer. **Contextos da justiça: filosofia política para além de liberalismo e comunitarismo**. São Paulo: Boitempo, 2010, p. 337.

<sup>447</sup> BENSON, Douglas; HUGHES, John A. **The perspective of ethnomethodology**. New York: Longman, 1983, p. 193-194.

decisión puede basarse sobre una información completa”, pois “con plena información, ninguna decisión se podría dar a conocer como decisión”.<sup>448</sup>

A despeito de sua autonomia, a decisão jurídico-coletiva *depende* das informações de outros sistemas sociais para que possa reduzir a enorme complexidade ambiental, bem como seus inevitáveis riscos.

Em outras palavras: na temática dos “novos direitos” ou, como preferimos, direitos de grupos, o sistema do direito não tem, minimamente, condição de, sozinho, desempenhar a contento sua função para a sociedade sem o acesso ao sistema de interação e/ou aos sistemas científicos especializados que trabalham com códigos distintos do sistema jurídico (*codificação secundária*).

Nesse sentido, acertada é a observação de LEONEL SEVERO ROCHA e RAFAEL LAZZAROTTO SIMIONI quando sustentam que “as decisões jurídicas sobre novos direitos podem então passar a observar as operações da ecologia, da ciência, da economia etc., para manterem um melhor nível de atualização à complexidade do ambiente, através da utilização do código científico (verdade-falsidade) como estrutura de codificação secundária”.<sup>449</sup>

Sem este “alimento policontextural”, a decisão jurídico-coletiva passa a não fazer mais a diferença. Pode até continuar a ser jurídica, posto que orientada pelo código do direito, mas não mais será coletiva.

Este é o paradoxo da decisão jurídico-coletiva: sua autonomia e, simultaneamente, sua alta e necessária dependência em relação ao ambiente, o que exige constantemente um gerenciamento da complexidade do ambiente, a fim de que este *não passe a determinar* as operações do sistema – o que afetaria a autonomia do sistema do direito –, mas apenas sirva para irritá-lo com suas informações, de modo que o sistema, eventualmente, aceite as variações, selecionando estruturas para possibilitar a continuidade da reprodução do elemento inovador dentro do sistema e reestabilizando o sistema, garantindo à estrutura duração e capacidade de resistência, ou seja, procedendo-se à evolução do sistema.<sup>450</sup>

---

<sup>448</sup> LUHMANN, Niklas. **Organización y decisión**. Mexico: Editorial Herder, 2010, p. 224-225.

<sup>449</sup> ROCHA, Leonel Severo; SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Perícias técnicas, decisões jurídicas e gestão em sistemas setoriais no contexto dos novos direitos**. In: ROCHA, Leonel Severo; DUARTE, Francisco Carlos (Coords). Direito ambiental e autopoiese. Curitiba: Juriá, 2012, p. 204.

<sup>450</sup> NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil** – O Estado Democrático Direito a partir e além de Luhmann e Habermas. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 2.

Assim, de acordo com MARCELO NEVES, “o sistema pode assimilar, de acordo com seus próprios critérios, os *fatores* do ambiente, não sendo diretamente influenciado por esses fatores”.<sup>451</sup>

A esta dependência quanto às informações do entorno não escapa sequer aquelas decisões jurídico-coletivas “menos complexas”, relacionadas a pequenos ou médios agrupamentos de pessoas numericamente quantificáveis (direitos coletivos e alguns casos de direitos individuais homogêneos), pois são justamente essas situações que podem ser melhor observadas pela sociologia qualitativa, como veremos nos dois itens a seguir.

Em se tratando de direitos difusos, por outro lado, a dependência da decisão jurídica em relação ao sistema de interação diminui proporcionalmente ao aumento de sua dependência em relação às informações de sistemas peritos que trabalham com códigos alheios ao do sistema jurídico (v.g. ciência, ecologia).

Assim, o sistema do direito utiliza uma codificação secundária (v.g. verdade-falsidade do sistema científico, sustentável-não sustentável do sistema da ecologia) justamente para poder assimilar a complexidade do ambiente.

A questão ambiental é emblemática desta situação, fundamentalmente porque o direito não tem a competência social para dizer se um evento do ambiente é sustentável ou degradante.

Conforme RAFAEL LAZZAROTTO SIMIONI, “a ecologia contemporânea conquistou autonomia à medida que suas autodescrições se tornaram independentes do código científico verdade-falsidade, fechando-se operacionalmente sob um outro código que a diferencia funcionalmente: sustentável-não sustentável”.<sup>452</sup>

Quando se está diante de direitos difusos na temática ambiental, o sistema de interação pouco pode contribuir para que as organizações tomem decisões jurídico-coletivas adequadas à complexidade dessas questões, pela própria dificuldade ou impossibilidade<sup>453</sup> da abordagem face a face com pessoas que não são numericamente quantificáveis. Por outro lado, quase sempre há necessidade de informações de sistemas

---

<sup>451</sup> *Ibidem*, p. 81.

<sup>452</sup> SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Direito ambiental e sustentabilidade**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 89.

<sup>453</sup> HAGUETTE, Teresa Maria Frota. **Metodologias qualitativas na sociologia**. Petrópolis: Editora Vozes, 2013, p. 95.

científicos especializados (biologia, química, engenharia, geologia, antropologia etc.), sob a forma de *perícias técnicas*.<sup>454</sup>

Bastante esclarecedora é a lição de LEONEL SEVERO ROCHA e RAFAEL LAZZAROTTO SIMIONI,<sup>455</sup> quando afirmam que:

Se o jurista apenas tem referência na lei, regras ou princípios para decidir validamente, então esse jurista já não tem condições para assimilar toda a complexidade que envolve sua decisão e muito menos os impactos futuros que sua decisão pode provocar no próprio direito (riscos) e nos demais sistemas da sociedade (perigos). Não lhe resta, portanto, outra alternativa senão confiar em sistemas peritos, isto é, nos demais sistemas da sociedade e torcer para que tudo saia bem.

De acordo com os autores,

a forma através da qual se pode observar essas relações de interferência entre sistemas se chama acoplamento estrutural. Um acoplamento estrutural ocorre entre dois sistemas autônomos quando compartilham um ou vários elementos de sentido, [pressupondo] uma estrutura de codificação secundária para a sua operacionalização.<sup>456</sup>

Desse modo, para que a informação do ambiente possa informar o sistema do direito, tornando-se comunicação e não apenas um ruído, o acoplamento, através do compartilhamento de um meio de comunicação simbolicamente generalizado, permite a “tradução” da racionalidade sistêmica alheia para que o outro sistema acoplado possa, tendo acesso à nova informação, ativar sua autopoiese e construir internamente o sentido a partir de sua própria racionalidade, ou seja, autoproduzir o sentido.

O sistema do direito, a partir de sua específica autopoiese, reconstrói as informações do ambiente e, portanto, o conflito, de modo que este possa ser objeto de uma decisão jurídica.<sup>457</sup>

Na sequência, vamos enfatizar duas abordagens da *microsociologia* que, ao levarem em conta os microprocessos da vida social como as interações face a face e rotinas

---

<sup>454</sup> ROCHA, Leonel Severo; SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Perícias técnicas, decisões jurídicas e gestão em sistemas setoriais no contexto dos novos direitos**. In: ROCHA, Leonel Severo; DUARTE, Francisco Carlos (Coords). *Direito ambiental e autopoiese*. Curitiba: Juriá, 2012, p. 204.

<sup>455</sup> *Ibidem*, p. 200.

<sup>456</sup> *Ibidem*, p. 201, 203.

<sup>457</sup> TEUBNER, Günther. As múltiplas alienações do direito: sobre a mais-valia social do décimo segundo camelo. In: André-Jean Arnaud; Dalmir Lopes Jr. (Orgs.). **Niklas Luhmann: do sistema social à sociologia jurídica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 111.

do dia a dia, podem auxiliar a decisão jurídica em sua adequação social: a etnometodologia e o DSC.

Evidentemente que poderíamos mencionar tantas outras vertentes microsociológicas, como o interacionismo simbólico, a sociologia cognitiva, a fenomenologia social, a etnografia da fala ou a etnociência em antropologia,<sup>458</sup> mas nossa atenção, neste momento, ficará centrada nestas duas metodologias.

### 3.3.1 Possíveis Contribuições da Etnometodologia para a Tutela Jurídico-Coletiva

A etnometodologia foi construída em oposição à tradição sociológica e, sendo “herdeira da fenomenologia social de Schütz e do interacionismo simbólico (Mead e a Escola de Chicago), caracteriza-se por uma abordagem dinâmica da ordem social que atribui um lugar central ao ponto de vista dos atores observados em sua vida cotidiana”, desse modo “a concepção durkheimiana ‘dos fatos sociais como coisas’ já dadas e do indivíduo submetido a determinações sociais é substituída por Garfinkel pela visão da ordem social como resultado de uma construção incessante e interativa, legível nos procedimentos acionados pelos parceiros sociais em suas atividades cotidianas”.<sup>459</sup>

Fundada por HAROLD GARFINKEL, a etnometodologia ganhou atenção principalmente com a publicação de seu livro *Studies in ethnomethodology*, no ano de 1967. A disciplina “se interessa mais especificamente pelos campos cognitivos cotidianos (conversações, cenas da vida doméstica, identidade sexual). Ela põe em relevo o aspecto processual e implícito do conhecimento que os agentes utilizam nas atividades rotineiras”.<sup>460</sup>

GARFINKEL usa o termo etnometodologia “to refer to the investigation of the rational properties of indexical expressions and other practical actions as contingent ongoing accomplishments of organized artful practices of everyday life”.<sup>461</sup>

---

<sup>458</sup> KNORR-CETINA, Karin D. The micro-sociological challenge of macro-sociology: towards a reconstruction of social theory and methodology. In: KNORR-CETINA, K.; CICOUREL, A. V. **Advances in social theory and methodology**: toward an integration of micro and macro-sociologies. London & New York: Routledge, 2015, p. 1.

<sup>459</sup> CHARAUDEAU, Patrick; MAINGUENAU, Dominique. **Dicionário de análise do discurso**. São Paulo: Contexto, 2008, p. 225.

<sup>460</sup> ARNAUD, André-Jean. **Dicionário enciclopédico de teoria e de sociologia do direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 333.

<sup>461</sup> GARFINKEL, Harold. **Studies in Ethnomethodology**. Cambridge: Polity Press, 1996, p. 11.

Em 1954, GARFINKEL desenvolveu uma pesquisa juntamente com FRED STRODTBECK e SAUL MENDLOVITZ, professores da Faculdade de Direito de Chicago, acerca dos jurados nos tribunais.

Sigilosamente, STRODTBECK instalou microfones na sala de deliberações do tribunal de Wichita, a fim de gravar as deliberações dos jurados, ocasião em que GARFINKEL se impressionou pelo fato de que os jurados, sem serem formados nas técnicas jurídicas, eram capazes de examinar um crime e pronunciar-se sobre a culpabilidade dos seus autores, lançando mão de procedimentos e de uma lógica do senso comum (distinção entre verdadeiro-falso, provável, verossímil).

Percebeu-se, então, que havia ali *práticas de avaliação e de julgamento passíveis de descrição*, que, mais tarde (em 1955), GARFINKEL deu o nome de *etnométodos*, isto é, “uma lógica do senso comum que ‘tem dentro de si mesmo’, que é ‘encarnada’ e que não é uma lógica jurídica especializada tomada de empréstimo não se sabe de onde para as necessidades da causa”.<sup>462</sup>

Assim, distinguem-se dois sentidos complementares da etnometodologia: 1) as metodologias (raciocínio sociológico prático) empregadas pelos indivíduos, observadas na gestão de seus afazeres cotidianos, são os *corpus* da pesquisa etnometodológica, de modo que vai se interessar pelos métodos que todos os indivíduos empregam em suas interações diárias e que permitem reconhecer como vivem no mesmo mundo; 2) os métodos empregados pelos indivíduos são sempre locais, particulares de um determinado grupo, não sendo de plano compreendidos por um estranho. Desse modo, designá-los como etnométodos “significa marcar a pertença desses métodos a um grupo particular, a uma organização ou instituição local”.<sup>463</sup>

De acordo com LUIZ ANTONIO MARCUSCHI:<sup>464</sup>

A Etnometodologia, fundada por GARFINKEL no início dos anos 60, é ligada à Sociologia da Comunicação e à Antropologia Cognitiva e se preocupa com as ações humanas diárias nas mais diversas culturas. Trata da constituição da realidade do mundo do dia a dia e investiga a forma de as pessoas se apropriarem do conhecimento social e das ações (daí o uso do radical *etno*); diz respeito à forma metódica de como os membros de uma sociedade aplicam aquele seu saber sociocultural (daí o radical metodologia).

---

<sup>462</sup> COULON, Alain. **Etnometodologia**. Petrópolis: Vozes, 1995, p. 51.

<sup>463</sup> *Idem*.

<sup>464</sup> MARCUSCHI, Luiz Antônio. **Análise da conversação**. São Paulo: Editora Ática, 1991, p. 7-8.

ALAIN COULON resume que “a etnometodologia vem então a ser o estudo dos etnométodos que os atores utilizam no dia a dia, que lhes permitem viver juntos, inclusive de maneira conflitiva, e que regem as relações sociais que eles mantêm entre si”<sup>465</sup> ou, conforme GEORGES LAPASSADE, “a etnometodologia tem por objeto a atividade metódica dos membros na produção e na manutenção da ordem social”, de modo que “os etnometodólogos [...] querem compreender como as pessoas utilizam as normas para interpretar o social nas suas interações”.<sup>466</sup>

Com efeito,

se a linguagem ocupa um lugar central, isto ocorre na medida em que as propriedades da interação social são apreendidas através das propriedades contextuais das expressões verbais. [...] A etnometodologia introduziu, nas ciências sociais, novos procedimentos de observação fundamentados na reprodução registrada das situações de interação social. Esses procedimentos procuram reproduzir os contextos de sequências de interação concentrando-se na descrição dos microprocessos ligados a um mecanismo interacional específico.<sup>467</sup>

O tópico de estudo da etnometodologia, portanto, pode ser resumido no *people's methods* como uma *coleção de métodos*<sup>468</sup> e não um método, o que revela a diversidade que pode resultar a pesquisa etnometodológica, ainda mais em um país de dimensão continental como o Brasil, com um multiculturalismo extraordinário.

A abordagem etnometodológica objetiva examinar o ordinário, o senso comum, o universo mundano de interação dos sistemas psíquicos, fazendo isto de modo a permanecer fiel aos métodos, procedimentos, práticas que os membros propriamente utilizam na construção e sentido deste mundo social.<sup>469</sup> Para HUGH MEAN e HOUSTON WOOD, trata-se de uma maneira de trabalhar que cria resultados, métodos, teorias, permitindo que seus praticantes se introduzam em outras realidades, a fim de experimentar o conjunto de visões de mundo.<sup>470</sup>

---

<sup>465</sup> COULON, Alain. **Etnometodologia**. Petrópolis: Vozes, 1995, p. 52.

<sup>466</sup> LAPASSADE, Georges. **As microssociologias**. Tradução: Lucie Didio. Brasília: Liber Livro Editora, 2005, p. 44.

<sup>467</sup> ARNAUD, André-Jean. **Dicionário enciclopédico de teoria e de sociologia do direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 333-334.

<sup>468</sup> BUTLER, Crly W.; FITZGERALD, Richard; GARDNER, Rod. **Branching out: ethnomethodological approaches to communication**. Australian Journal of Communication, v. 36, n. 3, 2009.

<sup>469</sup> BENSON, Douglas; HUGHES, John A. **The perspective of ethnomethodology**. New York: Longman, 1983, p. 30.

<sup>470</sup> MEHAN, Hugh; WOOD, Houston. **The reality of ethnomethodology**. Flórida: Robert E. Krieger Publishing, 1985, p. 3.

Segundo GUILHERME PAIVA DE CARVALHO MARTINS, “do mesmo modo que a fenomenologia social, a etnometodologia também se aproxima do interacionismo simbólico, na medida em que investiga os valores da comunidade para formular um conhecimento sobre hábitos, atitudes e comportamentos dos integrantes do grupo”.<sup>471</sup>

De acordo com ARTUR STAMFORD DA SILVA:<sup>472</sup>

Criticando a construção das teorias sociológicas, a etnometodologia se contrapõe ao positivismo sociológico, em suas vertentes estruturalismo e funcionalismo, principalmente por eles promoverem uma realidade social diversa da real ao criarem tipos sociais ideais como forma de possibilitar a análise e explicação da vida em sociedade. A etnometodologia rejeita essa construção teórica, bem como não aceita a ideia de o fato social ser considerado como algo dado [...]; para ela, a etnometodologia, o convívio social produz e constrói uma percepção de vida, uma visão de fatos sociais [...].

Conforme ALAIN COULON, “contrariamente à sociologia, que procura saber como os indivíduos agem em situações já definidas fora deles e preexistentes a suas interações, a etnometodologia vai tentar compreender como é que os indivíduos veem, descrevem e propõem em conjunto uma definição da situação”.<sup>473</sup>

COULON aponta quatro conceitos-chave da etnometodologia:

- a) prática/realização – os etnometodólogos rejeitam as hipóteses tradicionais da sociologia sobre a realidade social. [...] A realidade social é constantemente criada pelos atores, não é um dado preexistente. Por esse motivo, por exemplo, a etnometodologia dá tanta atenção ao modo como os membros tomam decisões, às suas práticas, ao seu dia a dia;
- b) indicialidade do conjunto da linguagem cotidiana – GARFINKEL estende a ideia de indexicalidade, que já era objeto da preocupação dos lógicos e dos linguistas, ao conjunto da linguagem (*whole of language*),<sup>474</sup> na medida em que, para cada membro, o significado de sua linguagem cotidiana depende do contexto em que

---

<sup>471</sup> MARTINS, Guilherme Paiva de Carvalho. A compreensão das práticas sociais em abordagens qualitativas. In: VON ZUBEN, Marcos de Camargo; MENDES, Marcília Luzia Gomes da Costa; SOUZA, Karlla Christine Araújo *et al.* (Orgs.). **Sujeito, saberes e práticas sociais**. Mossoró: UERN, 2012, p. 15.

<sup>472</sup> SILVA, Artur Stamford da. **Sociologia da decisão jurídica**: pesquisa qualitativa sobre a semântica social da comunidade jurídica. In: SILVA, Artur Stamford da (Coord.). **Sociologia do direito: na prática da teoria**. Curitiba: Juruá, 2007, p. 318.

<sup>473</sup> COULON, Alain. **Etnometodologia**. Petrópolis: Vozes, 1995, p. 20.

<sup>474</sup> BENSON, Douglas; HUGHES, John A. **The perspective of ethnomethodology**. New York: Longman, 1983, p. 100-102.

esta linguagem aparece, ou seja, todas as formas simbólicas, como os enunciados, os gestos, as regras, as ações, comportam uma ‘margem de incompletude’ que só desaparece quando elas se produzem. Ao invés de criticar a linguagem ordinária porque seria incapaz de explicar um certo número de princípios metodológicos, GARFINKEL se propõe a estudá-la considerando seu caráter indexical não como defeito, mas como uma de suas principais características, procurando como é que usamos a linguagem ordinária dando sentido, de uma maneira rotineira e banal, às expressões indiciais;

- c) reflexividade – designa as práticas que ao mesmo tempo descrevem e constituem o quadro social. É a relação circular entre os elementos constitutivos de um contexto e o contexto mesmo<sup>475</sup> vivido pelos membros da sociedade, ou seja, “the accounts about society and its workings become constituent parts of the very thing they describe”.<sup>476</sup> A reflexividade, como a indexicalidade, é constitutiva da linguagem e das descrições do mundo que cada um produz. No cotidiano não prestamos atenção ao fato de que ao falar construímos ao mesmo tempo, enquanto fazemos nossos enunciados, o sentido, a ordem, a racionalidade daquilo que estamos fazendo naquele momento;
- d) *accountability* – dizer que o mundo social é *accountable* significa que ele é algo disponível, isto é, descritível, inteligível, relatável, analisável. A analisabilidade do mundo social, a sua descritibilidade e sua objetividade se mostram nas ações práticas dos atores. O mundo não é dado, mas se realiza na prática do dia a dia.<sup>477</sup>

Para KENNETH LEITER, a etnometodologia se refere ao estudo do conhecimento do senso comum (*commonsense knowledge*), mas este não é considerado apenas como um apanhado de crenças, sentimentos e regras de ouro, mas, sim, como o uso das práticas das razões do senso comum para criar e manter o caráter factual do mundo social e empregar o conteúdo desse conhecimento em situações concretas, em que a concretude da situação também é um produto de seu uso.<sup>478</sup>

Assim, na linha de CLÁUDIO BEATO,

---

<sup>475</sup> LAPASSADE, Georges. **As microssociologias**. Tradução: Lucie Didio. Brasília: Liber Livro Editora, 2005, p. 45.

<sup>476</sup> BENSON, Douglas; HUGHES, John A. **The perspective of ethnomethodology**. New York: Longman, 1983, p. 102-103.

<sup>477</sup> COULON, Alain. **Etnometodologia**. Petrópolis: Vozes, 1995, p. 29-46.

<sup>478</sup> LEITER, Kenneth. **A primer on ethnomethodology**. New York: Oxford University Press, 1980, p. 14.

a agenda etnometodológica orienta-se pela descrição de uma série de elementos e procedimentos que compõem a ação social tomada num contexto particular, composto por características que são demonstradas aos atores no curso da interação. [...] A busca de regularidade e padrões nas práticas e procedimentos mundanos de sustentação da ordem social é o objeto da etnometodologia.<sup>479</sup>

A razão principal para estudar o conhecimento do senso comum é o fato que a realidade social é constituída pelo sentido e pelas atividades das pessoas em atribuir sentidos, ou seja, “social reality as social interaction is carried out through the use of commonsense rationalities and the stock of knowledge at hand”.<sup>480</sup>

KENNETH LEITER elenca quatro razões que formam a *ethnomethodological rationale* para o estudo do conhecimento do senso comum: 1) a versão sociológica do problema da ordem social depende do conhecimento do senso comum para sua solução; 2) a prática cotidiana da pesquisa sociológica reside no uso do conhecimento do senso comum; 3) forças sociais que influenciam condutas sociais estão em última análise enraizadas no uso do conhecimento do senso comum pelas pessoas; 4) o estudo do conhecimento do senso comum é um caminho para se estudar o macrofenômeno onde realmente importa: o nível da vida cotidiana (*everyday life*).<sup>481</sup>

A etnometodologia traz um conceito próprio de *membro* do grupo, não se referindo à pertença social, mas ao *domínio da linguagem natural*, ou seja, não é apenas uma pessoa que respira e pensa, mas alguém dotado de um conjunto de modos de agir, de métodos, de atividades, ou seja, “alguém que, tendo incorporado os etnométodos de um grupo social considerado, exhibe ‘naturalmente’ a competência social que o agrega a esse grupo e lhe permite fazer-se reconhecer e aceitar”.<sup>482</sup>

Esta ideia é muito importante pois observa o membro do grupo a partir da *incorporação dos etnométodos*, ou seja, de suas práticas, modos de agir, métodos de avaliação. Com efeito, seu pressuposto fundamental é que a produção de atividades sociais observáveis envolve o uso local ou situado dos métodos dos membros do grupo para fazer

---

<sup>479</sup> BEATO F.; Cláudio C. **Etnometodologia**: o senso comum em cena. Teoria e Sociedade, Belo Horizonte, v. 2, n. 1, 1997, p. 14-15.

<sup>480</sup> LEITER, Kenneth. **A primer on ethnomethodology**. New York: Oxford University Press, 1980, p. 20.

<sup>481</sup> *Ibidem*, p. 20.

<sup>482</sup> COULON, Alain. **Etnometodologia**. Petrópolis: Vozes, 1995, p. 48.

tais atividades, ou seja, “it seeks to investigate how social activities are accomplished by members of society”.<sup>483</sup>

Nesse sentido, esclarece TERESA MARIA FROTA HAGUETTE<sup>484</sup> que:

Os estudos sobre o enfoque da etnometodologia, conseqüentemente, são dirigidos para a tarefa de detectar como as atividades ordinárias dos indivíduos consistem de métodos para tornar analisáveis as ações práticas, as circunstâncias [...]. Em outras palavras, a etnometodologia procura descobrir os ‘métodos’ que as pessoas usam na sua vida diária em sociedade a fim de *construir* a realidade social; procura descobrir também a natureza da realidade que elas constroem. A correção ou modificação do ambiente, entretanto, não é preocupação destes estudos, assim como não o é a busca de teorização. [...] Ela se insere dentro da tradição do interacionismo simbólico ao tentar ver o mundo através dos olhos dos atores sociais e dos sentidos que eles atribuem aos objetos e às ações sociais que desenvolvem.

Ainda conforme a autora,

para Garfinkel a sociedade é constituída de uma estrutura de regras e conhecimentos compartilhados e tácitos que tornam a interação social possível e estável. [...] Ele não está preocupado em mostrar como e por que as estruturas mudam, mas em demonstrar apenas que as regras tácitas existem e que elas representam um respaldo seguro para a interação social.<sup>485</sup>

Com a etnometodologia deu-se início, na década de 1960, à Análise de Conversação (AC),

que procede com base em material empírico reproduzindo conversações reais e considera detalhes não apenas verbais, mas entonacionais, paralinguísticos e outros, algumas informações adicionais, quando as houver, devem aparecer na transcrição, uma vez constatada sua relevância.<sup>486</sup>

MARCUSCHI é incisivo: “Não existe a melhor transcrição. Todas são mais ou menos boas”.

---

<sup>483</sup> FRANCIS, David; HESTER, Stephen. **An invitation to ethnomethodology**: language, society and interaction. London: SAGE Publications, 2006, p. 20.

<sup>484</sup> HAGUETTE, Teresa Maria Frota. **Metodologias qualitativas na sociologia**. Petrópolis: Editora Vozes, 2013, p. 48-50.

<sup>485</sup> *Ibidem*, p. 49.

<sup>486</sup> MARCUSCHI, Luiz Antônio. **Análise da conversação**. São Paulo: Editora Ática, 1991, p. 9.

A conversação é o gênero básico da interação humana e desde os primeiros dias de vida de um bebê já se monta a complexa “matriz de valores simbólicos”.

Com efeito, a criança está se introduzindo na atividade conversacional, posto que já está “inserida num aprendizado sistemático e culturalmente marcado, onde as atenções para as regras de uso se sobrepõem às meramente linguísticas”.<sup>487</sup>

De acordo com MARCUSCHI,

toda a conversação é sempre situada em alguma circunstância ou contexto em que os participantes estão engajados. Mas não é necessário investigar sempre todas as particularidades de tais situações para analisar a conversação. Caso isso fosse necessário, seria impraticável montar um sistema mínimo de operação.<sup>488</sup>

Uma outra linha de trabalho desenvolvida com base em pesquisas etnometodológicas e que também demonstra um campo fértil para a tutela jurídico-coletiva foi a chamada análise de categorização de membro (*membership categorisation analysis*), desenvolvida por HARVEY SACKS. Neste campo são trabalhadas as interações dentro de determinadas categorias, por exemplo, pai, mãe e filhos podem ser ouvidos como categorias que *go together*, usando um instrumento ‘família’, e as categorias ‘professor’ e ‘aluno’ podem ser observadas usando um instrumento ‘sala de aula’.<sup>489</sup> Os trabalhos e desenvolvimentos de SACKS na categorização de membros têm mostrado como “categories can be understood as situated phenomena which are made recognisable by the methodical procedures of members interactional activity”.<sup>490</sup>

A linha etnometodológica valoriza justamente esta análise situacional que, para nós, é fundamental para que as organizações tomem decisões jurídico-coletivas.

É preciso, pois, o mergulho na *linguagem de cada grupo*, nos etnométodos de cada pessoa em sua devida categorização, até porque “a linguagem é, ao mesmo tempo, condição necessária e meio mais importante de qualquer interação. Sem ela não haveria formação de grupos e nenhuma atividade humana organizada e, sim, apenas orientação

---

<sup>487</sup> *Ibidem*, p. 15.

<sup>488</sup> *Ibidem*, p. 17.

<sup>489</sup> BUTLER, Crly W.; FITZGERALD, Richard; GARDNER, Rod. **Branching out**: ethnomethodological approaches to communication. *Australian Journal of Communication*, v. 36, n. 3, 2009.

<sup>490</sup> HOUSLEY, W.; FITZGERALD, Richard. **The reconsidered model of membership categorisation analysis**. *Qualitative Reserach*, v. 2, n. 1, p. 68.

instintiva”.<sup>491</sup> Privilegia-se, então, na mesma trilha da etnografia da comunicação, a “análise minuciosa de interações sociais de todas as espécies, tendo por objetivo descobrir regularidades”.<sup>492</sup>

Conforme ensina MARCUSCHI:<sup>493</sup>

A linguagem não é somente *condição* mas também *produto* da integração social. Como tal é um sistema de sinais convencionais desenvolvidos, ensinados e apreendidos socialmente. Através destes símbolos os indivíduos de um grupo conseguem trocar suas experiências. Isto só é possível porque estes sinais são portadores de significações (conteúdos), que na prática se definem pelo campo semântico de sua aplicação. É aqui onde a *pragmática* assume sua importância básica enquanto funde o nível sintático e o semântico, no momento de realizar o fenômeno da comunicação na prática.

Para que seja possível estabelecer operações cognitivas, é imprescindível a “interação cooperativa geradora de um domínio linguístico próprio”<sup>494</sup> das relações humanas e isto decorre da convivência. Assim,

o âmbito linguístico seria um modo de vida cooperativo e coordenado de comportamentos sociais, ou seja, de interações recorrentes e coordenadas. Pode-se dizer, exagerando um pouco, que a nossa história é a história de nosso comportamento linguístico em situações cooperativas.<sup>495</sup>

Línguas se fundamentam em usos e não o contrário, “pois o que determina a variação linguística em todas as suas manifestações são os usos que fazemos da língua”. A própria dicotomia oralidade-escrita passou a não fazer mais sentido, especialmente a partir da década de 80, em reação aos estudos das três décadas anteriores em que se contrapunha a escrita à oralidade. Atualmente, por exemplo, os chamados diálogos síncronos, ou seja, em tempo real pela *internet*, produzidos nos conhecidos bate-papos através dos computadores, desafiam uma das principais características da fala: a *simultaneidade*

---

<sup>491</sup> MARCUSCHI, Luiz Antônio. **Linguagem e classes sociais**. Porto Alegre: Editora Movimento, 1975, p. 12.

<sup>492</sup> MAINGUENAU, Dominique. **Termos-chave da análise do discurso**. Belo Horizonte: UFMG, 1998, p. 62.

<sup>493</sup> MARCUSCHI, Luiz Antônio. **Linguagem e classes sociais**. Porto Alegre: Editora Movimento, 1975, p. 12.

<sup>494</sup> MARCUSCHI, Luiz Antônio. **Fenômenos da linguagem: reflexões semânticas e discursivas**. Rio de Janeiro: Lucerna, 2007, p. 78.

<sup>495</sup> *Ibidem*, p. 78.

*temporal*, possibilitando uma nova forma de relacionamento com a escrita. Um diálogo escrito à distância, mas temporalmente simultâneo.<sup>496</sup>

Cada grupo de pessoas, cada coletividade, cada comunidade, cada povo apresenta diferentes formas de perceber o mundo, variadas linguagens, dissemelhantes regularidades, diversos sistemas de sinais convencionais desenvolvidos, distintas construções cognitivas socialmente desenvolvidas,<sup>497</sup> sendo justamente tais linguagens, sistemas, regularidades e construções que devem ser levadas em consideração pelas organizações que tomam decisões jurídicas incluindo grupos no sistema do direito. Do contrário, e se o sistema do direito continuar a insistir nesta empreitada isoladamente, a decisão jurídico-coletiva continuará refém deste nefasto *deficit* coletivo.

A etnometodologia estuda exatamente os etnométodos, ou seja, os procedimentos compartilhados e aplicados pelos membros do grupo nas práticas do dia a dia, sendo que para observar tais procedimentos “o/a cientista social interage com a comunidade que analisa, interpretando a linguagem comum do grupo e observando o modo como os indivíduos procedem em situações específicas”.<sup>498</sup>

Portanto, com este breve sobrevoo sobre a etnometodologia podemos concluir, sem grandes esforços, que apenas observado a vida cotidiana dos grupos poderá ser garantida, *minimamente*, a adequação social da decisão jurídico-coletiva ou, como se preferir, a representação da adequada da organização que toma a decisão em benefício do grupo.

Em verdade, sem a informação sobre os etnométodos dos grupos, fica praticamente anulada a possibilidade de a decisão jurídica indicar o lado coletivo da forma.

Trata-se, ao fim e ao cabo, de uma observação dos grupos no sistema de interação, sendo que o sistema do direito pode aprender com os resultados desta metodologia na atualização das decisões jurídicas pelas organizações da periferia do sistema do direito.

Com efeito, indagamos: seria adequada socialmente qualquer decisão jurídico-coletiva tratando de consumidores sem saber minimamente os etnométodos dos consumidores num específico contexto fático? Poderia ser afirmada a legitimidade de uma decisão jurídica tomada por uma organização da periferia do sistema do direito “em benefício” de um grupo de idosos, adolescentes ou crianças que residem em comunidades

<sup>496</sup> MARCUSCHI, Luiz Antônio. **Da fala para a escrita**: atividades de retextualização. São Paulo: Cortez Editora, 2013, p. 18.

<sup>497</sup> MARCUSCHI, Luiz Antônio. **Fenômenos da linguagem**: reflexões semânticas e discursivas. Rio de Janeiro: Lucerna, 2007, p. 78.

<sup>498</sup> MARTINS, Guilherme Paiva de Carvalho. A compreensão das práticas sociais em abordagens qualitativas. In: VON ZUBEN, Marcos de Camargo; MENDES, Marcília Luzia Gomes da Costa; SOUZA, Karlla Christine Araújo *et al.* (Orgs.). **Sujeito, saberes e práticas sociais**. Mossoró: UERN, 2012, p. 17.

humildes sem que se observe a vida cotidiana desses grupos, os etnométodos dos membros desses grupos? Estaria ajustada socialmente uma cláusula de um acordo coletivo (v.g. um TAC) prevendo a indenização destinada a um grupo de pescadores sem que se conheça o dia a dia desse grupo?

A etnometodologia pode, então, contribuir efetivamente para que o sistema do direito receba as informações do sistema de interação (etnométodos) e construa internamente a decisão jurídica por sua própria autopoiese, mas necessariamente levando em conta as peculiaridades do(s) grupo(s) e possibilitando uma adequada delimitação e interesse deste(s).

Calha observar, todavia, que esta informação do sistema interacional possibilitada pela sociologia também é *contingencial*, não havendo certezas nem garantias absolutas, mas nem por isso se torna uma informação irrelevante para a construção da decisão jurídico-coletiva ou, pior, autoriza o sistema do direito a atualizar uma decisão sem esta informação.

Nesse sentido, ao tratar da observação participante, método por excelência dos estudos interacionistas, e tendo em conta que, “na prática, e quando vão para uma pesquisa de campo, os etnometodólogos – como não produziram uma tecnologia original – se veem obrigados a usar instrumentos de pesquisa”,<sup>499</sup> TERESA MARIA FROTA HAGUETTE afirma que “o fato da observação participante propiciar um contato íntimo entre o pesquisador e o meio observado não é garantia de compreensão e interpretação válidas do fenômeno observado”.<sup>500</sup>

Um exemplo bastante evidente deste *deficit* na periferia do sistema do direito ocorre na *elaboração dos programas orçamentários*, em que simplesmente não são verificados os etnométodos, ocorrendo na prática apenas ajustes incrementais em programas já existentes,<sup>501</sup> daí o apontado “caráter geológico” dos orçamentos públicos.<sup>502</sup>

---

<sup>499</sup> COULON, Alain. **Etnometodologia**. Petrópolis: Vozes, 1995, p. 85.

<sup>500</sup> HAGUETTE, Teresa Maria Frota. **Metodologias qualitativas na sociologia**. Petrópolis: Editora Vozes, 2013, p. 95.

<sup>501</sup> CONTI, José Maurício. **Crise econômica pode criar “orçamento recurso-zero”**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-mar-08/contas-vista-crise-economica-criar-orcamento-recurso-zero>>. Acesso em: 2 jul. 2016.

<sup>502</sup> Expressão utilizada por Antonio Delfim Netto ao ponderar que “a condição suficiente para um programa estar no orçamento de 2015 é que tenha estado no orçamento de 2014 e, para ter estado no de 2014, é porque já estava no de 2013... E, assim, por uma indução regressiva, qualquer programa – seguramente sem qualquer avaliação de sua eficácia – terá permanecido, desde que a “sorte”: um jabuti posto na árvore por um político diligente, que ameaçou não votar o orçamento na undécima hora se ele não fosse aceito... A condição necessária é eleger um bom “plantador” de jabutis! A geologia corre por conta dos “programas” que se acumulam em camadas. Nunca terminam. Vão se somando uns sobre os outros, adquirindo, quando preciso,

Igualmente, nos termos de ajustamento de conduta celebrados pelos órgãos públicos é mais comum a tomada decisão simplesmente negligenciar os etnométodos dos grupos que estão sendo “representados” pelas organizações da periferia do sistema do direito.

Os membros dos grupos – os atores sociais – interpretam e constroem a situação a partir da utilização diária de determinadas normas sociais, sendo esta observação realizada pela etnometodologia.<sup>503</sup> Sem estas informações empíricas de cada grupo em seus respectivos contextos sociais, a decisão jurídico-coletiva fica capenga e revela seu *deficit* coletivo.

### 3.3.2 Possíveis Contribuições do DSC para a Tutela Jurídico-Coletiva

Além da etnometodologia, o DSC também pode ser um caminho muito interessante para que possamos “desblindar” a comunicação jurídico-coletiva, libertando o sistema do direito de paradigmas mentalistas ou filosofia da consciência (linguagem como meio, instrumento), de paradigmas da linguagem (consciência subordinada à esfera da linguagem<sup>504</sup>) para que, indo além da perspectiva jurídica presa à noção de Estado e de normas jurídicas, observe o direito privilegiando a temática da diferença, da pluralidade social, da complexidade e da contingência, enfim, observando o direito como apenas um dos sistemas sociais inseridos no sistema da sociedade.

Sua origem ocorreu na década de 1990 quando seus autores LEFÈVRE e LEFÈVRE realizaram uma pesquisa com servidores públicos da cidade de São Paulo com o objetivo de conhecer a opinião destes sobre o Programa de Gerenciamento Integrado, proposto durante a gestão Pinotti na Secretaria da Saúde de São Paulo.

Diante dos dados coletados, observou-se que as respostas eram muito semelhantes, diferindo em alguns critérios, embora não mudando o resultado. O processamento desses discursos em um único discurso dos grupos sociais em análise deu origem ao DSC.

---

novos nomes “fantasia”. NETTO, Antonio Delfim. **Por que não começar do começo de 2017?** Coluna publicada no jornal Valor Econômico em 12 de maio de 2015.

<sup>503</sup> LAPASSADE, Georges. **As microssociologias**. Tradução: Lucie Didio. Brasília: Liber Livro Editora, 2005, p. 49.

<sup>504</sup> LANAS, Cristina Corredor. **Filosofía del lenguaje: una aproximación a las teorías del significado del siglo XX**. Madrid: Visor, 1999, p. 20-23.

Conforme SÔNIA MARIA OLIVEIRA DE ANDRADE, MARLI VILLELA MAMEDE e SEBASTIÃO JÚNIOR HENRIQUE DUARTE.<sup>505</sup>

O DSC é uma técnica de construção do pensamento coletivo que visa revelar como as pessoas pensam, atribuem sentidos e manifestam posicionamentos sobre determinado assunto. Trata-se de um compartilhamento de ideias dentro de um grupo social. Entende-se por discurso todo o posicionamento argumentado. O Discurso do Sujeito Coletivo é um espelho coletivo. É como se as pessoas se olhassem e, a partir daí, tomassem consciência de como são. Metodologicamente o Discurso do Sujeito Coletivo é uma proposta de organização e tabulação de dados qualitativos de natureza verbal, obtidos de depoimentos, artigos de jornal, matérias de revistas semanais, cartas, *papers*, revistas especializadas etc.

Trata-se de um método que agrega o que a pesquisa qualitativa tem de positivo às virtudes da pesquisa quantitativa, realizando uma *pesquisa qualiquantitativa* de opinião.

De acordo com seus criadores,

o DSC como técnica consiste em uma série de operações sobre a matéria-prima dos depoimentos individuais ou de outro tipo de material verbal (artigos de jornais, revistas, discussões em grupo etc.), operações que redundam, ao final do processo, em depoimentos coletivos, ou seja, constructos confeccionados com estratos literais do conteúdo mais significativo dos diferentes depoimentos que apresentam sentidos semelhantes.<sup>506</sup>

A metodologia do DSC, utilizando questões abertas e não estandardizadas, *não despreza* as opiniões livres do entrevistado sobre o tema pesquisado, permitindo que sejam manifestadas *com todos os detalhes*, dando margem para que sejam demonstrados os conteúdos e os argumentos associados a essas opiniões. Com efeito, “a opinião é uma qualidade porque o que as pessoas têm a dizer sobre um dado tema deve sempre ser visto como uma incógnita, isto é, algo que não conhecemos antes de fazer a pesquisa. Assim, as opiniões devem ser qualificadas, ou seja, descritas”.<sup>507</sup>

Por outro lado, “como o DSC é o composto por um número determinado de depoimentos provenientes de distintos indivíduos pesquisados, cada DSC tem um

---

<sup>505</sup> ANDRADE, Sônia Maria Oliveira de; MAMEDE, Marli Villela; DUARTE, Sebastião Júnior Henrique. **Opções teórico-metodológicas em pesquisas qualitativas**: representações sociais e discurso do sujeito coletivo. Revista Saúde e Sociedade, São Paulo, v. 18, n. 4, 2009, p. 623.

<sup>506</sup> LEFÈVRE, Fernando; LEFÈVRE, Ana Maria. **Pesquisa de representação social**: um enfoque qualiquantitativo. Brasília: Liber Livro, 2012, p. 17.

<sup>507</sup> *Ibidem*, p. 14-15.

determinado peso, equivalente à proporção de indivíduos que aderem determinada opinião, sobre o total de pesquisados”.<sup>508</sup>

Esta metodologia alia qualidade e quantidade, não havendo qualquer mágica pois

o DSC é o desdobramento natural do seguinte raciocínio lógico: se, em qualquer sociedade (como todos sabem), os indivíduos compartilham ideias, opiniões, crenças ou representações, a expressão dessas opiniões compartilhadas poderia comportar a reunião em discursos-síntese dos conteúdos e argumentos que conformam essas opiniões semelhantes.<sup>509</sup>

No DSC são utilizados trechos de discursos, ou seja, descrições literais dos depoimentos, reveladores da essência do conteúdo das representações, os quais são denominados expressões-chave. Assim, “a partir dos recortes de fala significativos identificam-se as ideias centrais que se constituem de palavras ou expressões linguísticas que revelam, de maneira precisa e sintética, o sentido presente nos depoimentos”.<sup>510</sup>

De acordo com SEBASTIÃO JÚNIOR HENRIQUE DUARTE, MARLI VILLELA MAMEDE e SÔNIA MARIA OLIVEIRA DE ANDRADE “à medida que os DSC vão sendo construídos, compõem-se o sistema de interpretação da realidade pelos participantes, as relações estabelecidas por eles no contexto social, bem como vão se colocando em relevo seus comportamentos e práticas”.<sup>511</sup>

Conforme apontam FERNANDO LEFÈVRE, ANA MARIA CAVALCANTI LEFÈVRE e MARIA CRISTINA DA COSTA MARQUES, “o discurso do sujeito coletivo, como técnica de processamento de depoimentos, consiste em reunir, em pesquisas sociais empíricas, sob a forma de discursos únicos redigidos na primeira pessoa do singular, conteúdos de depoimentos com sentidos semelhantes”.<sup>512</sup>

Para os referidos autores, “estes conteúdos de mesmo sentido, reunidos num único discurso, por estarem redigidos na primeira pessoa do singular, buscam produzir no leitor um efeito de ‘coletividade falando’; além disso, dão lugar a um acréscimo de densidade

---

<sup>508</sup> *Ibidem*, p. 18.

<sup>509</sup> *Ibidem*, p. 17.

<sup>510</sup> ANDRADE, Sônia Maria Oliveira de; MAMEDE, Marli Villela; DUARTE, Sebastião Júnior Henrique. **Opções teórico-metodológicas em pesquisas qualitativas**: representações sociais e discurso do sujeito coletivo. Revista Saúde e Sociedade, São Paulo, v. 18, n. 4, 2009, p. 624.

<sup>511</sup> *Idem*.

<sup>512</sup> LEFÈVRE, Fernando; LEFÈVRE, Ana Maria Cavalcanti; MARQUES, Maria Cristina da Costa. **Discurso do sujeito coletivo, complexidade e auto-organização**. Revista Ciência & Saúde Coletiva, v. 14, n. 4, 2009, p. 1.194.

semântica nas representações sociais, fazendo com que uma ideia ou posicionamento dos depoentes apareça de modo ‘encorpado’, desenvolvido, enriquecido, desdobrado”.

Trata-se de uma técnica metodológica que permite o resgate de discursos coletivos de forma qualitativa. São realizadas entrevistas individuais com questões abertas, preservando a sua característica qualitativa. Por outro lado, o DSC também pode utilizar um aspecto quantitativo, já que cada depoimento se origina de uma determinada pessoa, além do que para exploração desta faceta quantitativa foram desenvolvidas técnicas específicas e até mesmo ferramentas computacionais de tabulação, que quantificam os dados e segmentam resultados, mesmo em *amostras grandes*,<sup>513</sup> o que, de acordo com nosso entendimento, poderia ser útil, inclusive, nos casos de direitos difusos.

O DSC é uma metodologia que observa as representações sociais

como esquemas sociocognitivos de que as pessoas lançam mão para emitirem, no cotidiano de suas vidas, juízos ou opiniões, que são condições necessárias para viver e se comunicar em sociedades complexas. Estes esquemas sociocognitivos, acessáveis através de depoimentos individuais, são entidades virtuais que, por isso, precisam ser reconstruídas através de pesquisas sociais que comportem uma dimensão qualitativa e quantitativa.<sup>514</sup>

#### A novidade do DSC

consiste em que, nesta metodologia, as relações entre descrição e interpretação, entre discurso e metadiscurso na pesquisa do pensamento coletivo devem ser muito mais horizontais, ou seja, de diálogo, do que costuma acontecer normalmente, em que o mundo empírico aparece demasiadamente subordinado ao metadiscurso teórico (digamos, arrogante) do pesquisador.<sup>515</sup>

No segundo nível de complexidade do DSC, como processamento da matéria-prima dos depoimentos, são implementados “os discursos que revelam o que as coletividades pensam, como pensam o que pensam e como este pensamento se distribui no espaço social”.<sup>516</sup> Neste nível, são selecionadas as expressões-chave das respostas individuais e

---

<sup>513</sup> ALCÂNTARA, Anelise Montañes; VESCE, Gabriela Eyng Possolli. **As representações sociais no discurso do sujeito coletivo no âmbito da pesquisa qualitativa**. Disponível em: <[http://www.pucpr.br/eventos/educere/educere2008/anais/pdf/724\\_599.pdf](http://www.pucpr.br/eventos/educere/educere2008/anais/pdf/724_599.pdf)>. Acesso em: 01 jul. 2016.

<sup>514</sup> LEFÈVRE, Fernando; LEFÈVRE, Ana Maria Cavalcanti; MARQUES, Maria Cristina da Costa. **Discurso do sujeito coletivo, complexidade e auto-organização**. Revista Ciência & Saúde Coletiva, v. 14, n. 4, 2009, p. 1.196.

<sup>515</sup> *Idem*.

<sup>516</sup> *Ibidem*, p. 1.197.

identificadas ou os sentidos manifestos (ideias centrais) e/ou latentes (ancoragens). Na sequência, as respostas individuais são reunidas a outras respostas que apresentam sentidos semelhantes ou complementares, consubstanciando um depoimento-síntese, configurando um “sujeito coletivo portador de uma opinião, ou de um ‘eu acho...’ social”.<sup>517</sup>

O que se busca no DSC, portanto, é

reconstruir, com pedaços de discursos individuais, como em um quebra-cabeças, tantos discursos-síntese quantos se julgue necessário para expressar uma dada ‘figura’, ou seja, um dado pensar ou representação social sobre um fenômeno, [o que ocorre selecionando] as principais ancoragens e/ou ideia centrais presentes em cada um dos discursos individuais e em todos eles reunidos, [...] como se o discurso de todos fosse o discurso de um.<sup>518</sup>

O DSC é, por isso, “uma proposta explícita de reconstituição de um ser ou entidade empírica coletiva, opinante na forma de um sujeito de discurso emitido na primeira pessoa do singular”. Nesse sentido, “um sujeito coletivo, no DSC, vem se constituindo numa tentativa de reconstituir um sujeito coletivo que, enquanto pessoa coletiva, esteja, ao mesmo tempo, falando como se fosse indivíduo, isto é, como um sujeito de discurso “natural”, mas veiculando uma representação com conteúdo ampliado”.<sup>519</sup>

FERNANDO LEFÈVRE, ANA MARIA CAVALCANTI LEFÈVRE e MARIA CRISTINA DA COSTA MARQUES apresentam uma conclusão bastante interessante sobre o DSC:

De fato, um dos testes para saber se tal modelo/metodologia foi de fato implementado numa dada pesquisa concreta consiste em verificar se sujeitos entrevistados numa pesquisa que utiliza o DSC, colocados diante dos discursos do sujeito coletivo que ajudaram a constituir, são, efetivamente capazes de se identificar com o mesmo e dizer: “eu também acho tudo isso!”<sup>520</sup>

E arrematam concluindo que “o DSC pode ser visto como um conjunto de artifícios destinados a permitir que o pensamento coletivo, enquanto realidade empírica, se

<sup>517</sup> *Ibidem*, p. 1.198.

<sup>518</sup> LEFÈVRE, Fernando; LEFÈVRE, Ana Maria Cavalcanti. Os novos instrumentos no contexto da pesquisa qualitativa. *In*: LEFÈVRE, Fernando; LEFÈVRE, Ana Maria Cavalcanti; TEIXEIRA, Jorge Juarez Vieira (Orgs.). **O discurso do sujeito coletivo**: uma nova abordagem metodológica em pesquisa qualitativa. Caxias do Sul: EDUCS, 2000, p. 19-20.

<sup>519</sup> LEFÈVRE, Fernando; LEFÈVRE, Ana Maria Cavalcanti. **O sujeito coletivo que fala**. Revista Interface – Comunicação, Saúde, Educação, v. 10, n. 20, jul.-dez. 2006, p. 519.

<sup>520</sup> LEFÈVRE, Fernando; LEFÈVRE, Ana Maria Cavalcanti; MARQUES, Maria Cristina da Costa. **Discurso do sujeito coletivo, complexidade e auto-organização**. Revista Ciência & Saúde Coletiva, v. 14, n. 4, 2009, p. 1.198.

autoexpresse [...] viabilizando o resgate e trazendo à luz do dia as representações sociais sob a forma de discursos instituintes de sujeitos coletivos”.<sup>521</sup>

Percebe-se, com bastante facilidade, que o DSC, mesmo podendo ser criticado nas suas eventuais insuficiências ou erros,<sup>522</sup> como aliás qualquer outra metodologia com abordagem microssociológica, pode prestar importantíssimas contribuições para a tutela jurídico-coletiva, alimentando a decisão com os aspectos qualiquantitativos imprescindíveis para uma decisão jurídica menos arriscada e mais conectada com a sociedade moderna.

Com efeito, na estrutura do reconhecimento jurídico está inserida a tarefa de uma aplicação específica à situação, pressupondo análise à luz das descrições empíricas da situação,<sup>523</sup> que deve ser levada em conta.

Como qualquer outro sistema social, o sistema jurídico tem suas limitações observacionais, de sorte que não consegue, pelo menos diretamente, observar o sistema de interação em que as coletividades podem ser empiricamente verificadas. A decisão jurídico-coletiva necessita desta informação do ambiente para ter um mínimo de adequação social e é exatamente neste contexto que se mostra útil o DSC, informando sobre os possíveis grupos e seus respectivos discursos a serem levados em consideração pela decisão jurídico-coletiva.

#### 3.4 CONDIÇÕES DE POSSIBILIDADE PARA ADJUDICAÇÃO DO CÓDIGO COMUNICATIVO DO DIREITO NA SEMÂNTICA DA TUTELA COLETIVA

Observar decisões jurídico-coletivas implica em verificar como tais espécies de comunicações formam uma unidade, diferenciando-se.

É fundamental, portanto, a tarefa de recolher as noções, reduzi-las a seus denominadores comuns, articulá-las para, afinal, fazê-las refluir sobre toda e qualquer comunicação no interior desse sistema, permitindo a instrumentação de uma visão unitária.

Como vimos, a tutela jurídica dos grupos pode ocorrer tanto *no centro* do sistema do direito (Poder Judiciário), como em sua periferia (Poder Executivo, Legislativo,

---

<sup>521</sup> *Ibidem*, p. 1.203.

<sup>522</sup> *Ibidem*, p. 1.198.

<sup>523</sup> HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento**: a gramática moral dos conflitos sociais. São Paulo: Editora 34, 2003, p. 186.

Ministério Público, associações, sindicatos, Defensoria Pública, órgãos públicos e pessoas jurídicas de direito público etc.).

Aliás, em tempos de difusão e estímulo dos meios alternativos de resolução de conflitos (mediação, conciliação, arbitragem), especialmente em razão dos ventos soprados pelo novo CPC e leis de arbitragem, parece-nos que a atuação das organizações periféricas tem sobrepujado a do Judiciário.

Observando a decisão jurídico-coletiva, podemos afirmar que a tutela jurídica dos grupos se assenta em duas ideias que iluminam e estão subjacentes nesta espécie de comunicação jurídica: 1) *perspectiva coletiva sobre a individual (ou indicação do lado coletivo da forma)*; e 2) *necessária atuação representacional do grupo*.

Estas bases estão impregnadas da historicidade que, desde as épocas medievais, aceita a proteção dos direitos de grupo.<sup>524</sup>

As duas ideias acima apresentadas *se complementam*, pois, na tutela jurídico-coletiva, sempre e necessariamente deverá haver a *exclusividade da perspectiva coletiva sobre a individual mediante uma necessária atuação representacional do grupo*.

Poderíamos afirmar que a atuação representacional do grupo *possibilita*, isto é, *viabiliza* a proteção do direito que pertence ao grupo, já que *a organização realiza uma mediação institucionalizada*<sup>525</sup> *e realiza a inclusão do grupo no sistema do direito, ou seja, reconhecendo-o juridicamente*.

Por outro lado, a exclusividade da perspectiva coletiva sobre a individual *baliza e confirma* esta atuação representacional do grupo, colocando o acento justamente em um dos lados da forma (coletivo) e deixando o outro (individual) no *unmarked space*.

O sentido de toda e qualquer comunicação jurídica no âmbito da tutela jurídica dos grupos, sem exceção, deverá ser construído a partir destas duas chaves de abóbada.

Vejamos mais de perto.

### 3.4.1 Perspectiva Coletiva sobre a Individual

A ideia da perspectiva coletiva sobre a individual relaciona-se, invariavelmente,

---

<sup>524</sup> Por todos, YEAZELL, Stephen C. **From medieval group litigation to the modern class action**. New Haven: Yale University Press, 1987, p. 267-291.

<sup>525</sup> No plano do sujeito de direito, por exemplo, a lição de Paul Ricoeur é precisa no sentido de que “[...] as mediações de ordem pessoal e institucional que possibilitam a transição do sujeito capaz a um sujeito de pleno direito [...]”. RICOEUR, Paul. **O justo 1**: a justiça como regra moral e como instituição. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 21.

com as três espécies de direitos de grupo (difusos, coletivos e individuais homogêneos) e exige, sempre e sem exceção, a necessidade de se tomar decisões jurídico-coletivas com os olhos voltados para o *grupo*, ainda que este seja reduzido e, portanto, possibilite, a olhos nus, a quantificação das pessoas que o integram.

Aqui se faz necessário um esclarecimento importante: quando observamos a necessidade de se atender à perspectiva coletiva sobre a individual não estamos afirmando qualquer tipo de hierarquia ou sobreposição dos direitos de grupo sobre os individuais.

Não é disso que estamos falando, até porque *não existe* tal hierarquia que, muitas vezes, vem revestida argumentativamente sob o manto do “princípio” da indisponibilidade dos direitos transindividuais. Não raras vezes pode ocorrer justamente de o direito do grupo ceder a direitos individuais diante de peculiaridades de cada situação em concreto enfrentada. Pense-se, por exemplo, em uma ação de reintegração de posse ajuizada por uma concessionária de energia elétrica para retirar abaixo do local onde passa a linha de transmissão de alta tensão (servidão) centenas de famílias que ali residem. Se houvesse, em tese, qualquer hierarquia do coletivo sobre o individual, a comunidade deveria permanecer no local mesmo o autor tendo provado sua posse indireta e demais requisitos para obtenção da reintegração de posse. Enfim, não existe, em tese, qualquer tipo de sobreposição ou prevalência de direitos.

A partir da constatação de que o direito, de modo muito acentuado, sempre fora estruturado para o trato de situações intersubjetivas, em que a figura do sujeito titular da pretensão estava vinculada ao indivíduo isolado,<sup>526</sup> um direito assentado fortemente na noção de pessoa e sujeito de direito, portanto, em uma comunicação jurídico-individual referente a determinados sistemas psíquicos, questões metaindividuais ou de grupos ficaram à mercê desta orientação individualista, ou seja, ofuscou-se aquilo que poderíamos chamar de “lente coletiva”, única acertada para tratar sobre esta temática.

Esta abordagem míope do fenômeno coletivo não decorre propriamente da ausência de programas do sistema do direito versando sobre direitos coletivos, mas sobretudo de uma equivocada e enraizada visão individualista e dogmatizada que se lança sobre a temática coletiva por parte de quem tem atribuição para tomar decisões que envolvam grupos (organizações da periferia do sistema do direito, tais como os colegitimados ativos à ação coletiva, o Poder Executivo e o Poder Legislativo, enquanto tomadores de decisão jurídica no âmbito orçamentário, bem como a organização central do sistema do direito,

---

<sup>526</sup> MORAIS, José Luis Bolzan de. **Do direito social aos interesses transindividuais**: o Estado e o direito na ordem contemporânea. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

quando chamada a resolver conflitos envolvendo grupos).

Assim, qualquer decisão jurídico-coletiva tomada pelas organizações acopladas ao sistema jurídico deve *indicar o coletivo*, colocando-o em evidência e deixando no *unmarked space* o lado individual, ainda que este possa ser útil para que a sociologia venha a elaborar discursos coletivos e informar o sistema jurídico para a construção do sentido jurídico do(s) grupo(s) de modo mais adequado à complexidade intrassocial.

Interessa, pois, apenas o(s) grupo(s) envolvido(s), a *comunicação jurídico-coletiva* e não cada um dos sistemas psíquicos que compõem o grupo.

A este pressuposto, que deve existir na abordagem dos direitos de grupos, damos o nome de perspectiva coletiva sobre a individual, ou seja, *a comunicação jurídica deve indicar o coletivo e deixar de fora o outro lado da forma (individual), ainda que este seja um necessário valor reflexivo e complementar, posto não haver o coletivo sem o individual.*

Assim, o conceito de grupo não é metafísico, de sorte que o fato de ser acentuado o exame do “nós” *não torna* irrelevante ou dispensável a pesquisa do “eu”, até mesmo porque trata-se de um conceito que pode ser substituído por uma *teoria dos sistemas de interação entre presentes*,<sup>527</sup> ou seja, observando este sistema social, por exemplo, através de pesquisas empíricas para se delimitar o(s) grupo(s) e seu(s) discurso(s) parte-se justamente *dos membros do(s) grupo(s)*, da interação face a face, o que possibilitaria, v.g., abordagens etnometodológicas e a construção do DSC, técnica de pesquisa que procura mensurar *qualiquantitativamente*<sup>528</sup> a opinião de coletividades como “qualidades provenientes de quantitativos de indivíduos socialmente situados”.<sup>529</sup>

### 3.4.2 Necessária Atuação Representacional

Assim como qualquer pessoa absolutamente incapaz e da mesma maneira que toda pessoa jurídica, as pessoas que, em interação, produzem comunicação coletiva formando um grupo só podem acessar o sistema do direito *através de um representante*, de um porta-

---

<sup>527</sup> LUHMANN, Niklas. **Organización y decisión**. Mexico: Editorial Herder, 2010, p. 45.

<sup>528</sup> Portanto, considerando *ao mesmo tempo* e em todos os momentos da pesquisa tanto a dimensão qualitativa como a quantitativa, refutando-se, pois, a (falsa) oposição entre o qualitativo e o quantitativo. LEFÈVRE, Fernando; LEFÈVRE, Ana Maria. **Pesquisa de representação social**: um enfoque qualiquantitativo. Brasília: Liber Livro, 2012, p. 13 e 16.

<sup>529</sup> LEFÈVRE, Fernando; LEFÈVRE, Ana Maria. **Depoimentos e discursos**: uma proposta de análise em pesquisa social. Brasília: Liber Livro, 2005, p. 7.

voz, de sorte que é imprescindível alguém que fale pelo grupo.

Trata-se de uma condição *sine qua non* para o exercício de direitos pertencentes, *indivisivelmente*, ao grupo<sup>530</sup> ou, ainda, um pré-requisito dos litígios envolvendo grupos.<sup>531</sup>

Em outras palavras: a atuação de um representante do grupo é o *único* meio pelo qual se torna possível que os grupos ingressem no sistema do direito, sendo reconhecidos juridicamente através da mediação institucional exercida por organizações com atribuições para tanto.

Chamamos isto de *necessária atuação representacional*, ou seja, uma atuação de uma organização que terá a incumbência de identificar a(s) coletividade(s) e seu(s) respectivo(s) discurso(s), seja tomando decisões jurídicas e procedendo diretamente a inclusão do grupo no sistema jurídico (v.g. através de acordos ou termos de ajustamento de conduta), seja apresentando ao Poder Judiciário uma proposta de inclusão do grupo, mediante o manejo da ação coletiva.

Nesse contexto, duas possíveis situações são apresentadas:

- a) um membro do grupo pode dar o impulso no processo decisório de inclusão jurídica de seu grupo, provocando as organizações acopladas aos sistemas do direito através das informações que tiver disponíveis;
- b) as organizações, *sponte propria*, vão até os grupos e, tendo contato com as variadas realidades, constroem metodologicamente o(s) discurso(s) coletivo(s) para:
  - proceder diretamente a inclusão jurídica;
  - apresentar o pleito desta inclusão junto a centros decisórios competentes.

Assim, é importante perceber que, a despeito da comunicação coletiva no sistema de interação ser produzida continuamente, o grupo, não raras vezes, permanece latente, em um estado potencial, aguardando seu porta-voz, seu representante adequado levar adiante a comunicação coletiva. Nesse caso, a atuação representacional será realizada por alguém que *não faz parte do grupo mas tem atribuição legal para delimitar o grupo, ou seja, selecionar a comunicação coletiva que encontra ressonância no sistema do direito* e atuar na forma como mencionamos acima, em b), segunda subalínea.

A referida situação é facilmente verificável quando se observa a *jurisdição coletiva*.

Com efeito, quando há a provocação do Poder Judiciário via ação coletiva,

---

<sup>530</sup> CALERA, Nicolás López. **Sobre los derechos colectivos**. In: ROIG, Francisco Javier Ansuategui (Ed.). Una discusión sobre derechos colectivos. Madrid: Dykinson, 2001, p. 37-38.

<sup>531</sup> YEAZELL, Stephen C. **From medieval group litigation to the modern class action**. New Haven: Yale University Press, 1987, p. 6.

podemos visualizar claramente uma organização (Ministério Público, Defensoria Pública, sindicato, associação, pessoa política etc.) atuando em juízo em nome próprio, mas na defesa de grupos (atuação representacional), visando à inclusão do grupo no sistema do direito.

Há, portanto, uma atuação representacional realizada por parte dos colegitimados ativos à ação coletiva que, falando sempre em benefício de um grupo determinado, tomam as necessárias decisões jurídicas (v.g. ajuízam a ação, produzem provas, celebram acordos, recorrem etc.).

Quando não estamos no plano jurisdicional – b), primeira subalínea, acima – este esquema de representação do grupo se modifica e a decisão, inclusive sobre a inclusão jurídica do grupo, passa a se concentrar na própria organização localizada na periferia do sistema do direito (v.g. quando se formulam políticas públicas pelo Poder Legislativo/Poder Executivo, quando se realizam as escolhas trágicas por ocasião do ciclo orçamentário, especialmente na elaboração e votação das leis orçamentárias, quando se celebram termos de ajustamento de conduta extrajudicial pelo Ministério Público, Defensoria Pública etc.).

A comunicação coletiva produzida no sistema interação sempre necessitará de uma ponte para o sistema do direito, o que é realizado pelas organizações acopladas ao sistema jurídico. Noutro português: o grupo precisa sempre de alguma organização que possa efetivamente traduzir seus discursos, que faça valer juridicamente a comunicação coletiva que produz.

Pensamos um pouco no caso das pessoas jurídicas. A situação é semelhante, pois será imprescindível se valer da representação, ou seja, uma pessoa física representando os direitos da pessoa jurídica, que continua a ter existência distinta de seus sócios.

Em relação às pessoas jurídicas e entidades sem personalidade jurídica, existe a representação processual, por exemplo, unicamente porque há necessidade de alguém que, em juízo, manifeste a vontade da entidade (art. 12 do CPC<sup>532</sup>), não se falando em integração da capacidade civil como ocorre com a representação de pessoas incapazes, o que seria absurdo em se tratando de pessoas jurídicas<sup>533</sup> ou coletividades.

---

<sup>532</sup> GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 100.

<sup>533</sup> Nesse sentido, de Cândido Rangel Dinamarco assevera que “o problema da capacidade para estar em juízo não se coloca, em relação às pessoas jurídicas e às entidades portadoras de personalidade exclusivamente processual, porque elas são sempre representadas por quem detenha poder para tanto; seria absurdo pensar em pessoas jurídicas incapazes. Mas é indispensável que os atos sejam realizados e assinados por pessoa física que, por lei ou pelo contrato, esteja efetiva e atualmente no exercício da função representativa”. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. v. 1. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 284.

Todavia (e aqui reside uma enorme diferença com a representação que ocorre no âmbito dos grupos), a representação da pessoa jurídica destina-se a atender interesse *individual*, ou seja, única e tão somente *da própria pessoa jurídica*. Assim, não se fala em uma representação que atenda à perspectiva coletiva sobre a individual, mas exatamente o reverso.

Por isto, entendemos equivocado considerar as pessoas jurídicas, ainda que na forma de sindicatos, partidos políticos ou universidades, como sujeitos *coletivos*.<sup>534</sup>

O que ocorre é que no Brasil, por exemplo, tais pessoas jurídicas podem atuar, *também*, como organizações acopladas ao sistema jurídico e que podem atuar em benefício direto de grupos de pessoas, portanto, como *porta-vozes de coletividades*. Esta possibilidade, todavia, não os alça à condição de sujeito coletivo, pois coletiva é a *decisão jurídica* que tem como referência uma determinada coletividade em interação, é a indicação de um dos lados da forma, a diferença que faz a diferença.

A atuação do porta-voz do grupo, ou seja, a inevitável condicionalidade representativa dos sujeitos coletivos,<sup>535</sup> serve como uma necessária mediação institucional, na qual é feito uma espécie de juízo positivo no padrão de reconhecimento do direito,<sup>536</sup> delimitando-se o possível direito do grupo e, assim sendo, fazendo a transição para o que poderíamos denominar “sujeito coletivo de direito”.

A ideia, aqui, pode ser perfeitamente aproveitada da teoria do reconhecimento, de sorte que podemos fazer o seguinte paralelo: a pessoa está para o sujeito de direito, assim como o grupo está para o sujeito coletivo de direito.

Nas duas situações existe uma fronteira a ser superada exatamente pela mediação institucional, que possibilita o trânsito do grupo (comunicação coletiva) para a condição de sujeito coletivo de direito (comunicação jurídico-coletiva), em sua plenitude e, com isto, estabelece-se o autorrespeito, evitando-se a violência.<sup>537</sup>

Nesta linha, poderíamos dizer que, sem a mediação institucional realizada pelas organizações acopladas ao sistema jurídico, o grupo não passa à condição de sujeito

<sup>534</sup> Em sentido contrário: CALERA, Nicolás López. **Sobre los derechos colectivos**. In: ROIG, Francisco Javier Ansuategui (Ed.). Una discusión sobre derechos colectivos. Madrid: Dykinson, 2001, p. 34.

<sup>535</sup> *Ibidem*, p. 38.

<sup>536</sup> Para um estudo específico dos três padrões de reconhecimento intersubjetivo, seguindo os caminhos de Hegel e George Herbert Mead, ver HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento**: a gramática moral dos conflitos sociais. São Paulo: Editora 34, 2003, p. 155-211.

<sup>537</sup> Abordando a questão da pessoa e do sujeito de direito, ver ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Conflitos interpessoais, constituição do sujeito de direito e promoção dos direitos humanos**. Edição do autor, p. 28-30.

coletivo de direito, a comunicação coletiva permanece no sistema de interação e sequer teria chance de encontrar ressonância no direito.

Ademais, pressupõe-se que esta atuação do representante seja *adequada*, considerada por alguns como verdadeiro princípio basilar do direito processual civil coletivo.<sup>538,539</sup>

Todavia, esta qualidade da representação repercute no plano *eficacial* e não no plano da existência do sujeito coletivo de direito, pois, não sendo adequada a representação, o sujeito coletivo não poderá ficar vinculado à decisão jurídica tomada por seu representante.

A despeito de ter implicância no plano da eficácia, a adequação da atuação do representante do grupo é matéria de índole *constitucional*, pois está diretamente relacionada ao *devido processo legal social*<sup>540</sup> ou *coletivo*.<sup>541</sup> Por isto se fala em um direito de a classe ausente “ser ouvida” para só então poder estar vinculada ao julgado, o que pressupõe um adequado e efetivo “porta-voz” dos interesses do grupo.<sup>542</sup>

Como se sabe, o objetivo da representação adequada, em última análise, nada mais é do que garantir que o resultado obtido com a tutela coletiva seja o mais próximo possível daquele que seria obtido caso os membros do grupo estivessem defendendo pessoalmente seus direitos.<sup>543,544,545</sup>

<sup>538</sup> GIDI, Antonio. **Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo**: a codificação das ações coletivas no Brasil. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 77.

<sup>539</sup> Richard Allen Nagareda, professor em Vanderbilt University Law School e relator associado do Projeto do Instituto de Direito Americano denominado *Principles of the law of aggregate Litigation*, afirmou que “the concept of adequate representation lies at the core of contemporary debate over the class action”. NAGAREDA, Richard Allen. **Administering adequacy in class representation**. Texas: Law Review, v. 82, 2003, p. 288.

<sup>540</sup> CAPPELLETTI, Mauro. **The judicial process in comparative perspective**. Oxford, NY: Clarendon Press, 1989, p. 304.

<sup>541</sup> GIDI, Antonio. **A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos**: as ações coletivas em uma perspectiva comparada. São Paulo: RT, 2007, p. 135.

<sup>542</sup> Nesse sentido: GIDI, Antonio. **A representação adequada nas ações coletivas brasileiras**: uma proposta. Revista de Processo, São Paulo, v. 27, n. 108, out.-dez. 2002, p. 68-70.

<sup>543</sup> GIDI, Antonio. **Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo**: a codificação das ações coletivas no Brasil. Rio de Janeiro: Forense, p. 79.

<sup>544</sup> É justamente aquilo que Jay Tidmarsh, professor de direito da Universidade de Notre Dame, chamou de *do no harm principle* (princípio da inexistência de prejuízo), ou seja, “representation by class representatives and counsel is adequate if, and only if, the representation makes class members no worse off than they would have been if they had engaged in individual litigation”. TIDMARSH, Jay. **Rethinking adequacy of representation**. Texas: Law Review, v. 87, 2009, p. 1.139.

<sup>545</sup> Similarmente, abordando a questão da vinculação da classe ausente ao acordo celebrado em ação coletiva, David A. Dana afirma o seguinte: “because class members do not hire counsel, because they are absent from the litigation, because they often do not receive even meaningful notice of proposed settlements, and because

Para nós, tanto maior será a adequação da atuação representacional quanto for o respeito pelo mundo simbólico do grupo, pelo sentido que os atores da coletividade representada constroem, pelos seus etnométodos, pelos seus variados discursos, o que não raras vezes é incompreensivelmente muito ausente na práxis da tutela jurídico-coletiva brasileira.

Assim, a análise dos etnométodos ganha um destaque muito especial, pois é justamente a partir do dia a dia do grupo, inteirando-se efetivamente da qualidade de membro do grupo, compartilhando suas vivências, valores, crenças, mitos, medos, desejos é que poderemos, minimamente, afirmar haver representação *adequada* do grupo por parte de seu representante. Da mesma maneira o DSC, com suas necessárias observações quali-quantitativas. Tudo o mais tem enormes possibilidades de descambar à filosofia da consciência que, na tutela coletiva, também encontra um terreno muitíssimo fértil e propício, concentrando-se grande potencial decisório.

Assim, percebe-se que a *atuação representacional* – plano da existência da decisão jurídica que inclui o grupo no sistema do direito – e *adequada* da organização jurídica – plano da eficácia da mesma decisão jurídica – é uma noção inarredável de qualquer ordenamento jurídico que admite a proteção de grupos.

Sem esta atuação das organizações, os direitos que porventura pertençam aos grupos ficam totalmente desguarnecidos por falta deste centro decisório que realiza a mediação e que, concreta e adequadamente, toma as decisões em benefício do grupo.

---

they do not actually consent to class settlements, it seems fair to hold them to a settlement [...] only if the relief provided to them by the settlement is something that a reasonable person *conceivably* would have accepted, had she been given the choice, in return for ceding for all time her legal claims for redress". DANA, David A. **Adequacy of representation in time (or why the result in Stephenson is correct)**. Northwestern University School of Law, 2004, p. 2.

#### 4 DEFICIT COLETIVO NOS ACORDOS COLETIVOS PERIFÉRICOS

Neste capítulo trataremos especificamente do *deficit* nos acordos coletivos periféricos. Para isto, partimos da observação dos acordos coletivos como acoplamentos intersistêmicos. Na sequência, revisitaremos a representação adequada e analisaremos o incidente de resolução de demandas repetitivas à luz das premissas adotadas. Ao fim, mostraremos alguns casos concretos que revelam *deficit* coletivo na tutela jurídico-coletiva periférica.

##### 4.1 ACORDOS COLETIVOS COMO ACOPLAMENTOS ENTRE SUBSISTEMAS SOCIAIS

No âmbito da semântica da tutela coletiva, a principal atuação das organizações jurídicas da periferia do sistema ocorre quando tomam decisões jurídico-coletivas atualizadas em acordos envolvendo grupos (*acordos coletivos*).

O compromisso de ajustamento de conduta (LACP, art. 5º, §6º), formalizado por um termo (TAC), é apenas uma espécie de acordo coletivo,<sup>546</sup> tendo como especificidade o fato de a decisão jurídico-coletiva ser tomada necessariamente por uma organização *pública*.

No âmbito das agências reguladoras, por exemplo, há várias resoluções disciplinando a celebração de TAC entre as respectivas agências e seus agentes regulados: Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel) – Resolução n. 333/08; Agência Nacional de Aviação Civil (Anac) – Resolução n. 199/11 e Portaria n. 534/12; Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) – art. 16 do regulamento anexo à Resolução 442/04 e artigo 18 da Resolução 4.071/13; Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel) – Resolução n. 629/13; e Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq) – Resolução n. 3.259/14.

Isto não significa, todavia, que as organizações privadas (v.g. sindicatos, associações, partidos políticos, fundações de direito privado, sociedades de economia mista, empresas públicas etc.) não possam tomar decisões jurídico-coletivas em acordos

---

<sup>546</sup> SHIMURA, Sérgio. **Título executivo**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 379.

AKAOUI, Fernando Reverendo Vidal. **Compromisso de ajustamento de conduta ambiental**. São Paulo: RT, 2015, p. 83.

coletivos, mas apenas que a via do compromisso de ajustamento de conduta está fechada, de sorte que a vedação ao TAC não tem qualquer efeito prático relevante, tratando-se apenas de uma questão de nomenclatura.

A propósito, não vemos qualquer razão plausível para a restrição do art. 5º, § 6º da LACP apenas aos órgãos públicos.<sup>547</sup> Para nós, isto é uma clara demonstração da incompreensão de uma das condições de possibilidade para adjudicação do código do direito na semântica da tutela coletiva: a necessária e adequada atuação representacional.

De todo modo, como dito, esta restrição acaba sendo completamente inócua, pois, ao contrário do que se poderia supor, há possibilidade de as organizações privadas também tomarem decisões jurídico-coletivas em acordos coletivos, *independentemente desta decisão ter de passar pelo crivo do Poder Judiciário*,<sup>548</sup> desde que assinado pelo devedor e duas testemunhas (CPC, art. 784, III). Pela ótica jurídica, a contitudística, seja do TAC, seja deste acordo coletivo, é a mesma: a viabilização de uma decisão jurídico-coletiva.

A dogmática que aborda o processo civil coletivo mantém um intenso debate sobre a natureza jurídica do compromisso de ajustamento de conduta, considerando um contrato administrativo,<sup>549</sup> transação híbrida,<sup>550</sup> ato jurídico<sup>551</sup> ou negócio jurídico.<sup>552</sup>

Com a máxima vênia, tais observações são insuficientes, a despeito de não estarem erradas, pois tudo depende da referência adotada por cada observação.

A insuficiência destas observações está no fato de não poderem observar a complexidade “dos outros lados”, ou seja, dos demais sistemas sociais que estão no *mesmo nível de importância* que o direito. A observação, portanto, fica capenga e desconsidera a fragmentação da sociedade em várias racionalidades diferentes, autônomas e contingencialmente incompatíveis entre si.

<sup>547</sup> Em sentido contrário, argumentando que os órgãos públicos têm maior compromisso com a lei, forte no art.: GAVRONSKI, Alexandre Amaral. **Técnicas extraprocessuais de tutela coletiva**: a efetividade da tutela coletiva fora do processo judicial. São Paulo: RT, 2011, p. 387.

<sup>548</sup> Em sentido semelhante, mas exigindo a homologação judicial com intervenção do Ministério Público: *ibidem*, p. 420.

<sup>549</sup> FERNANDES, Rodrigo. **Compromisso de ajustamento de conduta ambiental**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 78.

<sup>550</sup> NERY, Ana Luiza de Andrade. **Compromisso de ajustamento de conduta**: teoria e análise de casos práticos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 153.

<sup>551</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Ação civil pública**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 215.

<sup>552</sup> RODRIGUES, Geisa de Assis. **Ação civil pública e termo e ajustamento de conduta**. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 138.

GAVRONSKI, Alexandre Amaral. **Técnicas extraprocessuais de tutela coletiva**: a efetividade da tutela coletiva fora do processo judicial. São Paulo: RT, 2011, p. 380.

Claro que o acordo coletivo pode assumir a forma do direito. Não há nada de errado nisso. Mas a observação fica enriquecida quando passa a ser observado em sua *função de acoplamento intersistêmico* (estrutural ou operacional).

Quando se observa o acordo como acoplamento, o direito deixa de ser o “dono da verdade” para poder observar e processar as prestações de outros sistemas sociais na sua própria autopoiese quando da tomada da decisão jurídico-coletiva.

No acoplamento fica mais evidente que a prestação fornecida pelo subsistema ao outro é um *ato de reciprocidade*.<sup>553</sup> Para LUHMANN, esta função de acoplamento é tida como algo dado e, colocada de maneira ortogonal em relação às operações, dá lugar a estruturas próprias do sistema (normas), sendo que tais estruturas se orientam conforme a referida função de acoplamento.<sup>554</sup>

Observar o acordo coletivo como acoplamento reforça o fato de que os sistemas sociais, dos quais o direito é apenas um deles, produzem sentidos de modo simultâneo, ou seja, sem qualquer possibilidade de controle daquilo que ocorre simultaneamente, não havendo um sistema mais importante que outro.

A disposição dos sistemas sociais é heterárquica e não hierárquica. Isto porque cada sistema presta uma função peculiar à sociedade. A simultaneidade não sincronizada dos sentidos produzidos por cada um dos sistemas envolvidos num acordo coletivo, próprio da policontextualidade da sociedade moderna, bloqueia qualquer possibilidade de uma validade universal de consenso,<sup>555</sup> de sorte que o consenso ou o dissenso “es siempre algo construído por un observador que puede ajustarse a ello”.<sup>556</sup>

Aliás, aqui reside um ponto de observação muito interessante que LUHMANN faz acerca dos contratos quando assevera a ênfase que sempre foi dada ao consenso em detrimento do próprio processo de comunicação que ambientaliza qualquer contrato: “In discussions of the principle of contract, the result, i.e. consensus, has received too much emphasis, and the process of communication surrounding the closing of a contract, too

---

<sup>553</sup> LIMA, Fernando Rister Sousa. **Constituição Federal**: acoplamento estrutural entre os sistemas político e jurídico. Revista Direitos Fundamentais & Democracia, Unibrasil – Faculdades Integradas do Brasil, v. 4, 2008.

<sup>554</sup> LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Mexico: Editorial Herder, 2005, p. 513.

<sup>555</sup> LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociales**: lineamentos para una teoría general. Trad. Silvia Pappe y Brunhilde Erker. Coord. Javier Torres Nafarrate. Rubí (Barcelona): Anthropos; Mexico: Universidad Iberoamericana; Santafé de Bogotá: CEJA, Pontificia Universidad Javeriana, 1998, p. 103.

<sup>556</sup> LUHMANN, Niklas. **La ciencia de la sociedad**. Mexico: Anthropos, 1996, p. 205.

litle”.<sup>557</sup>

Há, pois, uma verdadeira infungibilidade de funções, o que demonstra a inexistência de preponderância de qualquer sistema. Por esse motivo, pode-se transitar de um sistema para outro, reconstruindo o sentido da observação conforme é feita referência comunicativa com o código binário de um sistema ou de outro.

Aqui, de acordo com ALEXANDRE GUSTAVO MELO FRANCO BAHIA e RAFAEL LAZZAROTTO SIMIONI, reside uma diferença fundamental em relação à perspectiva teórica de HABERMAS, porque:

Para Luhmann, o mais importante para se entender as decisões jurídicas na sociedade contemporânea é observar a diferença, a produção da diferença, os processos de produção das diferenças. Para Habermas, o mais importante é observar a unidade, sob uma perspectiva universal de racionalidade para, a partir dela, procurar estabelecer mediações exatamente para aproximar as diferenças.<sup>558</sup>

Com efeito, o direito está no interior da sociedade, assim como todos os demais subsistemas funcionais, de modo que observar o acordo coletivo como um acoplamento intersistêmico, ainda que apenas operacional (momentâneo) e não estrutural,<sup>559</sup> implica ganhos extraordinários de complexidade, possibilitando que a decisão jurídico-coletiva construída através deste acoplamento seja minimamente adequada ao seu ambiente social interno.

A decisão jurídico-coletiva produzida a partir do acordo coletivo comunica à sociedade a autonomia do sistema jurídico, bem como a dos demais sistemas sociais, possibilitando que o direito cumpra sua função social de generalizar congruentemente (coerentemente) expectativas contrafáticas (normativas) coletivas (de grupamentos de pessoas). A decisão seleciona, definindo o evento do ambiente que é observado “conforme o direito”, tudo pelo filtro de sua autopoiese.

Importante é perceber que ao lado de toda a policontexturalidade dos sistemas sociais, simultâneos e contingentes entre si, há esta mesma “policontexturalidade” no

---

<sup>557</sup> LUHMANN, Niklas. Communication about law in interaction systems. *In: Advances in social theory and methodology: toward an integration of micro and macro-sociologies*. Edited by K. Knorr-Cetina and A. V. Cicourel. London and New York: Routledge Library Editions, 2015, p. 249.

<sup>558</sup> SIMIONI, Rafael Lazzarotto; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. **Como os juízes decidem?** Proximidades e divergências entre as teorias da decisão de Jürgen Habermas e Niklas Luhmann. *Revista Sequência*, n. 59, dez. 2009, p. 74.

<sup>559</sup> Nesse sentido: SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **A constitucionalidade da Constituição em Niklas Luhmann: paradoxo e contingência do direito constitucional na sociedade globalizada**. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 68, jul. 2009.

interior do sistema do direito que pode ser concebida pelo conceito de *pluralismo jurídico* e que nada mais é que “a abertura do sistema jurídico diante da sociedade que o envolve”, ou seja, não se trata de uma multiplicidade de códigos no sistema do direito, mas uma multiplicidade de discursos sociais, de leituras ou interpretações possíveis dos programas que adjudicam um único e mesmo código (direito-não direito), de sorte que “o que passa a separar o direito estatal dos ordenamentos jurídicos das demais organizações e dos diversos grupos de interação social não é mais a distinção entre o direito positivo e o costume, mas sim a maneira diversa de empregar o símbolo operativo de validade do direito, que é o seu próprio código: direito-não direito”.<sup>560</sup>

Assim, pelas lentes da teoria dos sistemas de LUHMANN, podemos observar os acordos coletivos como *acoplamentos intersistêmicos*, em que os sistemas sociais e subsistemas sociais funcionais envolvidos em cada acordo compartilham um mesmo elemento de sentido (comunicação), mas permanecendo cada um deles com autonomia necessária para a construção do sentido interno que lhe é peculiar. O acordo coletivo, como um acoplamento intersistêmico, configura um instrumento de comunicação e *evolução conjunta dos sistemas sociais*.<sup>561</sup>

Nesse raciocínio, o elemento “acordo coletivo” compartilhado é o *mesmo*, mas o sentido “acordo coletivo” terá variações conforme a observação de cada sistema social envolvido, como resultado da reconstrução do sentido interno em razão de sua autopoiese.

As racionalidades específicas de cada sistema social envolvido ficam preservadas, de modo que o acoplamento estrutural ou operacional *não é* incompatível com a clausura operativa (autopoiese) de cada sistema.

O acordo coletivo, veiculado pelo TAC ou qualquer outro meio, pode ser observado como uma nova forma de acoplamento operacional ou estrutural do sistema do direito com os sistemas sociais de seu ambiente social interno. Este acoplamento, ao mesmo tempo em que possibilita a irrritação recíproca entre os sistemas sociais envolvidos na decisão jurídico-coletiva, unindo-os em razão do elemento de sentido compartilhado, garante-lhes plena autonomia para o processamento e construção do sentido interno (autopoiese), que não é compartilhado, portanto, separando-os. Separação na união. Independência na

---

<sup>560</sup> SIMIONI, Rafael Lazzarotto; PAGANI, Fernanda; GOMES, Giles. **Observação social e pluralismo jurídico**: a abertura do direito às instâncias da sociedade civil. Artigo desenvolvido no âmbito do Projeto Imputação difusa de responsabilidade ambiental, do Grupo de Pesquisa Metamorfose Jurídica (UCS).

<sup>561</sup> Nesse sentido: VIANA, Ulisses Schawarz. **O novo processo civil e os postulados do atendimento dos fins sociais e exigências do bem comum (primeira parte do art. 8º do NCPC)**: uma leitura à luz da teoria dos sistemas – Novo CPC: análise doutrinária sobre o Novo Direito Processual Brasileiro. v. 1. Campo Grande: Editora Contemplar, 2015, p. 81.

dependência. Só assim a decisão jurídico-coletiva pode ser observada como uma diferença produzida no interior da sociedade e, especificamente, do subsistema funcional do direito, portanto, com um mínimo de adequação social interna.

Nessa moldura, o acordo coletivo possibilita que a decisão jurídico-coletiva possa se conectar a outros eventos comunicativos (interação, preço, eficiência econômica, educação, saúde, diversidade de gênero, ecologia, religião, probidade administrativa etc.) e, mexendo com a redundância sistêmica, produzir variações no sistema do direito que, na medida da tolerância e reestabilização pelo próprio sistema jurídico, modificam sua estrutura.

A ideia de acoplamento sustenta que a adaptação ao entorno é uma *condição de possibilidade do sistema*, não existindo um sistema que não esteja adaptado ambientalmente, de sorte que ou um sistema está adaptado e existe, ou não está e não existe.<sup>562</sup>

ULISSES VIANA observa que:

Apesar de os sistemas sociais se desenvolverem dentro de uma autorreferência fechada operacionalmente (autopoiese) [...] surgem situações em que, para a manutenção da existência dos sistemas diferenciados (economia, direito, religião, educação etc.), estes se veem na contingência de operarem em conjunto e se interpenetrarem. Ou seja, atuam em acoplamento estrutural por necessidade de ‘sobrevivência’ operacional dos sistemas envolvidos.<sup>563</sup>

O acordo coletivo nada mais representa que esta operação simultânea e “em conjunto” de diversos sistemas sociais interpenetrados em uma específica situação, necessária para a reafirmação da própria identidade (“sobrevivência”) de cada um deles.

Por este acoplamento são produzidos estímulos simultâneos nos mais diversos subsistemas funcionais da sociedade, no sistema de interação e no sistema organizacional. O direito pode observar esse acoplamento como um caminho ou uma porta para a tomada da decisão jurídico-coletiva que será uma decisão fechada, posto que referida necessariamente ao código do direito, mas simultaneamente aberta, estabelecendo uma referência comunicativa a informações exteriores ao direito.

---

<sup>562</sup> <sup>562</sup> MANSILLA, Darío Rodríguez. **Gestión organizacional**: elementos para su estudio. Santiago (Chile): Pontificia Universidad Católica de Chile, 2008, p. 101.

<sup>563</sup> VIANA, Ulisses Schawarz. **O novo processo civil e os postulados do atendimento dos fins sociais e exigências do bem comum (primeira parte do art. 8º do NCPC)**: uma leitura à luz da teoria dos sistemas – Novo CPC: análise doutrinária sobre o Novo Direito Processual Brasileiro. v. 1. Campo Grande: Editora Contemplar, 2015, p. 86.

A decisão jurídico-coletiva produzida a partir do acordo coletivo segue os programas do sistema jurídico (regras, princípios, jurisprudência, doutrina) estruturados na forma condicional “se-então”, sendo exatamente tais programas que possibilitam a abertura às informações dos demais sistemas sociais, mais especificamente, o “se” da relação que autoriza que os eventos do ambiente possam ser tratados como “direito” ou “não direito”.

A decisão indica o lado “conforme o direito”, mas esta indicação *também pode ser submetida ao direito*, o que faz surgir um paradoxo nesta operação porque o direito aplica-se a si mesmo e não há como decidir se o direito é direito ou não direito.

Exatamente para desparadoxalizar esta situação é que se torna necessária a argumentação jurídica, “como forma através da qual a decisão assimetiza esse paradoxo, introduzindo referências externas”,<sup>564</sup> ou seja, o “décimo segundo camelo”.<sup>565</sup>

Parece-nos que esta observação do TAC, ou mais genericamente, de qualquer outra espécie de acordo coletivo, é mais coerente com a alta complexidade da sociedade moderna, colocando os sistemas sociais em constantes interferências recíprocas, mas, ao mesmo tempo, respeitando a autopoiese de cada um, sem que haja qualquer prevalência de um sobre outro.

Trata-se de uma postura diferente, por exemplo, daquela que vê no acordo coletivo uma racionalidade com pretensão de resgatar, no “mundo vivido”, os ideais de vida boa através de procedimentos de discursos públicos, especificamente por “interações entre as pessoas, que discutiriam e decidiriam seus destinos, mas, para tanto, haveria regulação de

---

<sup>564</sup> SIMIONI, Rafael Lazzarotto; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. **Como os juízes decidem?** Proximidades e divergências entre as teorias da decisão de Jürgen Habermas e Niklas Luhmann. Revista Sequência, n. 59, dez. 2009, p. 81.

<sup>565</sup> De acordo com Luhmann, “um rico beduíno estabeleceu a sucessão por testamento a seus três filhos. A partilha foi estabelecida em torno de seus camelos. O filho mais velho, Achmed, deveria receber a metade. O segundo filho, Ali, ficaria com um quarto do previsto. O filho mais novo, Benjamin, teria apenas um sexto. Essa disposição [a princípio] parece [resultar] numa divisão desigual, arbitrária e injusta. [Porém,] ela corresponde mais exatamente ao valor proporcional dos filhos sob a perspectiva histórica de perpetuação do clã, e esta corresponde precisamente à alegria do pai com o nascimento de cada um deles: o segundo filho seria privilegiado somente no caso de o primeiro morrer sem deixar descendente varão etc. Daí a proporção de diminuição das partes. Entretanto, e devido a imprevistos, o número [total] de camelos foi reduzido consideravelmente antes da morte do pai. [Assim], quando ele morreu, restavam apenas onze camelos. Como deveriam dividir? Ali [sic] reivindicou sob protesto, seu privilégio de filho mais velho, ou seja, seus seis [camelos]. Porém, isto seria mais que a metade. Os outros [por isso] protestaram. O conflito foi levado ao juiz, o qual fez a seguinte oferta: eu ponho um camelo meu à vossa disposição, e vocês restituir-me-ão, se Alá quiser, o mais rápido possível. Com doze camelos a divisão ficou simples. Achmed recebeu a metade, quer dizer, seis. Ali recebeu seu quarto, ou seja, três. Benjamin não foi prejudicado recebendo seu sexto, ou seja, dois. Assim os onze camelos foram divididos e o décimo segundo pôde ser devolvido”. A restituição do décimo segundo camelo: do sentido de uma análise sociológica do direito. In: ARNAUD, André-Jean; LOPES JR., Dalmir (Orgs.). **Niklas Luhmann**: do sistema social à sociologia jurídica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 33-34.

arenas debatedoras”.<sup>566</sup> A matriz luhmanniana, portanto, põe em evidência, a partir da observação do acordo coletivo como um acoplamento intersistêmico, a (in)dependência dos sistemas sociais, as duplas-contingências (expectativas de expectativas) entre tais sistemas, ou seja, a ausência de um único mundo vivido compartilhado intersubjetivamente, mas múltiplos e por vezes inconciliáveis entre si,<sup>567</sup> diversas contexturas do real (policontextualidades) igualmente essenciais, muito embora contingencialmente incompatíveis entre si.

Assim, todo esse contexto policontextural inerente à sociedade moderna, no qual a decisão jurídico-coletiva está inserida, gera uma inevitável “colisão de mundos de sentidos idiossincráticos” que exclui qualquer possibilidade de uma “justiça socialmente abrangente”.<sup>568</sup>

Este modo de observar o acordo coletivo, como um canal de comunicação *para e a partir* de outros sistemas sociais, valoriza exatamente as fronteiras dos sistemas sociais, suas respectivas autopoieses (autonomias), mas, igualmente, suas inevitáveis

<sup>566</sup> FONSENCA, Bruno Gomes Borges da. **Compromisso de ajustamento de conduta**. São Paulo: LTR, 2013, p. 84.

<sup>567</sup> Concluindo pela inviabilidade de qualquer pretensão homogeneizante do direito, posto que nem tudo pode ser negociado ou discutido com vistas a um consenso, o que o autor faz a partir da análise de modelo jurídico aplicável em ambientes multiculturalis na Amazônia Ocidental, especificamente acerca do conflito entre os povos da Floresta Amazônica – para os quais os seus lares têm um caráter místico que não pode ser indenizado ou compensado, a possibilidade de um consenso ou convergência – e os povos que não são da floresta – para os quais os imóveis ribeirinhos são mercadorias passíveis de indenização ou compensação –, ver: SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Direito e reciprocidade na ausência de um único mundo vivido: o multiculturalismo na Amazônia Ocidental**. Revista Direitos Culturais, v. 3, n. 5, dez. 2008.

Outro exemplo bastante emblemático vem da tentativa de composição dos conflitos inconciliáveis entre a construção de usinas hidrelétricas, problemas ecológicos e famílias ribeirinhas desterritorializadas (desculturalizadas). Nesses casos, eventual acordo coletivo quando muito terá o condão de reconhecer a existência jurídica dos grupos dos atingidos pelo barramento, incluindo-os no sistema do direito, mas fica muito longe de uma efetiva legitimação de suas diferenças culturais. Nesse sentido: ZUCARELLI, Marcos Cristiano. **O papel do termo de ajustamento de conduta no licenciamento ambiental das hidrelétricas**. In: ZHOURI, Andréa (Org.). **As tensões do lugar**. Hidrelétricas, sujeitos e licenciamento ambiental. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2011, p. 151-181.

Apontando para “lacerações” e “contorções” das comunidades locais atingidas pelas investidas do setor minerometalúrgico-energético, no sentido de que “a construção de hidrelétricas expõe um ciclo de exclusões que não termina”: PENIDO, Marina Oliveira; PEREIRA, Doralice Barros; LAGES, Anabelle. **Contradições e improvisações no trato dos atingidos de Novo Soberbo**. In: ZHOURI, Andréa (Org.). **As tensões do lugar: hidrelétricas, sujeitos e licenciamento ambiental**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2011, p. 183-217.

Indicando a forma que o discurso das empresas do setor elétrico constrói uma legitimação social de suas atividades ao mesmo tempo que invisibiliza a existência de populações atingidas e de ecossistemas degradados: ASSIS, Wendell Ficher Teixeira. **“Invisibilizar” populações e legitimar iniquidades: a apropriação do discurso do desenvolvimento sustentável na publicidade do setor elétrico**. In: ZHOURI, Andréa (Org.). **As tensões do lugar: hidrelétricas, sujeitos e licenciamento ambiental**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2011, p. 219-237.

<sup>568</sup> TEUBNER, Günther. **Justiça autossubversiva: fórmula de contingência ou de transcendência do direito**. Revista Eletrônica do Curso de Direito – PUC-Minas Serro, n. 4, 2011, p. 21-22.

interdependências recíprocas e com a sociedade.<sup>569</sup>

Afinal, o elemento de sentido que todos os sistemas sociais compartilham (comunicação) “introduz uma pluralidade de perspectivas sobre o objeto, de tal sorte que nunca é possível lograr uma única perspectiva comum. A comunicação é, pois, por razões estruturais, diversidade de perspectivas sobre o objeto”.<sup>570</sup>

Simultaneamente, portanto, reafirma-se a clausura operacional do sistema jurídico (sua identidade) e estimula-se a abertura cognitiva (sua dependência em relação ao entorno), tornando-se igualmente necessários para a decisão jurídico-coletiva tanto a *argumentação formal* – que desemboca em textos e protocolos, impedindo desvios em relação aos argumentos objetivos –, pondo-se em prática a *autorreferência* do sistema jurídico, como a *argumentação substancial* (considerações que encontram reconhecimento fora do sistema jurídico), efetuando a *heterorreferência* do sistema do direito. É exatamente esta argumentação substantiva que evita o isolamento do sistema do direito.<sup>571</sup>

Na sociedade moderna, diferenciada funcionalmente, todos os sistemas parciais que compõem o sistema comunicacional omniabarcador funcionam autonomamente de modo *simultâneo*, sendo “impossível encontrar reações ‘ponto a ponto’, automáticas ou causais entre o que ocorre num sistema parcial e o que passa nos demais sistemas”.<sup>572</sup>

Com efeito,

the crucial feature of modern society is the loss of a unifying mode of cognition. Society is seen as fragmented into a multiplicity of closed communicative networks. Each communicative network constructs a reality of its own that is, in principle, incompatible with the reality constructions of other networks.<sup>573</sup>

Conforme apontam GUILHERME LEITE GONÇALVES e ORLANDO VILLAS BÔAS FILHO:<sup>574</sup>

---

<sup>569</sup> LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p. 15.

<sup>570</sup> NAFARRATE, Javier Torres. **Luhmann e as “formas elementares” da vida social**. Revista Brasileira de Sociologia do Direito, Porto Alegre, AbraSD, v. 2, n. 1, p. 28-36, 2015, p. 32.

<sup>571</sup> LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Mexico: Editorial Herder, 2005, p. 457-458.

<sup>572</sup> CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 66.

<sup>573</sup> TEUBNER, Günther. **How the law thinks: toward a constructivist epistemology of law**. Law & Society Review, v. 23, n. 5, 1989, p. 738.

<sup>574</sup> GONÇALVES, Guilherme Leite; VILLAS-BÔAS FILHO, Orlando. **Teoria dos sistemas sociais: direito e sociedade na obra de Niklas Luhmann**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 137-138.

Pelo acoplamento estrutural não ocorre a determinação do sistema pelo ambiente, mas simples irritação ou perturbação de um pelo outro. [...] A partir de tais irritações os sistemas são capazes de se abrir cognitivamente ao seu ambiente, sem que com isso seja afetado seu fechamento operacional. O acoplamento estrutural gera um canal privilegiado de irritações. Cabe ao sistema reagir a elas, aceitando-as ou rechaçando-as.

Não que falar, portanto, numa (impossível) decisão “jus-científico-econômica-interacional-ecológica”, pois isto simplesmente aniquilaria a autonomia operacional dos sistemas envolvidos no acoplamento,<sup>575</sup> ou seja, as distinções sistêmicas seriam simplesmente ignoradas, fazendo com que cada sistema (inclusive o jurídico) perdesse a capacidade de ativar seus próprios elementos, bem como processar e manter a complexidade social.<sup>576</sup>

A decisão jurídico-coletiva continua sendo uma decisão *jurídica*, de modo que o acordo coletivo não afeta sua autonomia, pois pode, levando em conta a informação ambiental, simplesmente rechaçá-la juridicamente, ou seja, não ressonará na periferia do sistema organizacional que atualiza o sistema do direito.

A ideia do acoplamento intersistêmico é tornar o sistema capaz de concentrar-se em determinadas perturbações, restringindo as pressões do ambiente social, pois sem os acoplamentos com os subsistemas sociais o direito permaneceria como algo corrompido,<sup>577</sup> sem identidade, sem indicar a diferença sistema-ambiente.

O acordo coletivo, observado como acoplamento estrutural ou operacional, possibilita que os sistemas envolvidos (especialmente o jurídico) reafirmem suas respectivas identidades a partir da diferença com o ambiente ou, melhor dizendo, com os demais sistemas em seus respectivos ambientes.

Desse modo, o acoplamento não realiza uma fusão dos sistemas que estão mutuamente em contato. O que há é o contato *indireto* entre diversos sistemas sociais que, reduzindo complexidades, possibilita a tomada da decisão jurídico-coletiva pela organização que tem a importante incumbência de fazer um “trabajo cartográfico en que hace un mapa de las partes del ambiente, actuando posteriormente en conformidad con este mapa”.<sup>578</sup>

---

<sup>575</sup> Nesse sentido: SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Direito ambiental e sustentabilidade**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 72-77.

<sup>576</sup> CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 66.

<sup>577</sup> LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Mexico: Editorial Herder, 2005, p. 513.

<sup>578</sup> <sup>578</sup> MANSILLA, Darío Rodríguez. **Gestión organizacional: elementos para su estudio**. Santiago (Chile): Pontificia Universidad Católica de Chile, 2008, p. 48.

O “trabalho cartográfico” a que alude MANSILLA nada mais é do que a indispensabilidade de um mínimo de flexibilidade ou variação necessária (*law of requisite variety* – ASHBY<sup>579</sup>) que o sistema organizacional acoplado ao sistema do direito deve apresentar para a produção da decisão jurídico-coletiva, orientando suas operações seletivas na direção de outros subsistemas sociais (prestações/*performances*), da sociedade (funções) e de si mesmo (reflexão). Esta cartografia só se torna viável porque “os sistemas de organização têm como vantagem a possibilidade de observação de todas as comunicações produzidas pelos sistemas sociais”.<sup>580</sup>

Este ponto nos chama a atenção para a necessidade de as organizações da periferia do sistema do direito se estruturarem de forma socialmente adequada, pois “uma organização bem-estruturada (vale dizer: acoplada estruturalmente), sensível às informações do ambiente, pode constituir um eficiente observatório das informações comunicadas pelos sistemas”.<sup>581</sup>

As organizações jurídicas que têm atribuição para tomar decisões jurídico-coletivas, desta forma, precisam se abrir às dinâmicas da sociedade civil, tornando-se verdadeiras “instituições conectoras”<sup>582</sup> que possam adequadamente delimitar o(s) interesse(s) do(s) grupo(s) que estão no sistema de interação e, desse modo, atuar como *catalizadores de auto-organização das relevâncias que estão em seu entorno*,<sup>583</sup> reconstruindo juridicamente os múltiplos discursos sociais, fazendo esta ponte e necessária mediação entre o direito e os sistemas que estão em seu ambiente.

Em outras palavras, é exatamente o “dever sistêmico” que cabe às organizações acopladas ao sistema jurídico e com atribuição de tomar decisões jurídico-coletivas de “gerar uma atuação cooperativo-comunicativa (acoplamentos)”, haja vista que o direito da sociedade moderna e, especialmente aquele voltado para o trato que problemas envolvendo comunicação coletiva, se vê “na contingência de processar a todo tempo, para produzir decisões adequadas, elementos irritantes e perturbadores de outras lógicas sociais que operam dentro do sistema geral da sociedade”.<sup>584</sup>

---

<sup>579</sup> De acordo com ASHBY, W. Ross. **An introduction to cybernetics**. London: Chapman & Hall Ltd, 1957, p. 206-207.

<sup>580</sup> SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Direito ambiental e sustentabilidade**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 111.

<sup>581</sup> *Ibidem*, p. 116.

<sup>582</sup> TEUBNER, Günther. **As duas faces de Janus: pluralismo jurídico na sociedade pós-moderna – Direito, sistema e policontextualidade**. Piracicaba: Unimep, 2005, p. 100.

<sup>583</sup> LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Mexico: Editorial Herder, 2005, p. 458.

<sup>584</sup> VIANA, Ulisses Schawarz. **O novo processo civil e os postulados do atendimento dos fins sociais e exigências do bem comum (primeira parte do art. 8º do NCPC): uma leitura à luz da teoria dos sistemas –**

A partir da clausura operacional do sistema do direito, este sistema se abre ao seu ambiente de maneira nova e diversa, ou seja, “informações não são transportadas via *imput-output*, e sim reconstruídas por perturbações e acoplamentos estruturais”.<sup>585</sup>

Nesse sentido, observar o TAC como uma ponte ou janela que conecta mutuamente diferentes sistemas sociais representa um significativo aumento de complexidade, além do que permite observar a simultaneidade do fechamento e da abertura do sistema jurídico, no caso, do sistema mantendo seu filtro e preservando sua identidade a fim de evitar sua absorção e determinismo pelo ambiente e, ao mesmo tempo, não fazendo vista grossa aos demais sistemas sociais, mas tendo suficiente sensibilidade sistêmica para reagir no sentido exigido para sua própria manutenção.<sup>586</sup>

Como se sabe, todo sistema complexo requer tempo para processar as informações e selecionar as reações, sendo que a diferenciação sistêmica, como reduplicação da diferença sistema-ambiente dentro do sistema é justamente a técnica estrutural que resolve este problema temporal dos sistemas complexos que existem em ambientes complexos.

Esta reduplicação da diferença cria dois ambientes sociais: um interno específico para cada subsistema funcional, como o sistema da economia, sendo ambiente para o sistema do direito e vice-versa; e outro externo, comum a todos os subsistemas funcionais, como os sistemas psíquicos, sendo ambiente para os sistemas sociais e vice-versa.

Nesse sentido, a principal função da sociedade nada mais é que ampliar e reduzir a complexidade de ambientes internos e externos, para que outros sistemas possam encontrar a estrutura suficiente para suportar os limites e estruturas de maior seletividade. Este processo não fica restrito à sociedade, mas continua no nível dos subsistemas funcionais e chega às organizações e interações de alta especificidade.<sup>587</sup>

O acordo coletivo realizado pelas organizações da periferia que estão acopladas ao sistema do direito é um poderoso instrumento intersistêmico que, ao mesmo tempo, *separa e une sistemas*, sendo da mais alta importância para a intermediação entre dois tipos de

---

Novo CPC: análise doutrinária sobre o Novo Direito Processual Brasileiro. v. 1. Campo Grande: Editora Contemplar, 2015, p. 88.

<sup>585</sup> TEUBNER, Günther. **As duas faces de Janus**: pluralismo jurídico na sociedade pós-moderna – Direito, sistema e policontextualidade. Piracicaba: Unimep, 2005, p. 84.

<sup>586</sup> Trata-se, segundo nossa leitura, daquilo que Rafael Simioni chama de “dimensão genuinamente social que mexe na força gravitacional da interpretação-construção do sentido normativo do direito”, ao lado da dimensão psíquico-subjetiva e organizacional-institucional. SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Interpretação jurídica e percepção seletiva**: a dimensão organizacional da produção de sentido no direito. Revista Brasileira de Direito, v. 11, n. 1, p. 135-147, jan.-jun. 2015, p. 145-146.

<sup>587</sup> LUHMANN, Niklas. **Differentiation of society**. Canadian Journal of Sociology, v. 9, n. 1, 1977, p. 21-22.

funcionalismos: *funcionalismo de diferenças*, típica perspectiva intrassistêmica; e *funcionalismo de encadeamentos*, típica perspectiva intersistêmica.<sup>588</sup>

De acordo com ALBERTO FEBBRAJO,

social systems are in general capable of combining communications coming from different systems on the basis of a common structure which allows them to learn from external stimuli. This means that coevolution does not presuppose a point-to-point contact between systems, but simply their coupling through intersystemic structures which can be utilized as a common platform for mutual exchanges of communications.<sup>589</sup>

Esta estrutura ou plataforma comum é exatamente o acordo coletivo, que viabiliza mútuas influências ou trocas sistêmicas.

Assim como o conceito de autopoiese, o acoplamento intersistêmico não sugere qualquer tipo de separação e isolamento, mas “underlines the disposition of the legal system to defend one’s identity in situations in which appear necessary to introduce cognitive processes of self-correction based on intersystemic communication”.<sup>590</sup>

No Brasil, o acordo coletivo, por este prisma de observação, é uma ponte institucionalizada entre o sistema organizacional (já que a decisão viabilizada pelo acoplamento é tomada por uma organização da periferia do sistema jurídico, v.g. Ministério Público, Defensoria Pública, Procuradoria Pública etc.) e os demais sistemas sociais (interação e sociedade com seus subsistemas funcionais).

Poderíamos considerar o acordo, na esteira do que ocorre com a Constituição (acoplamento entre o direito e a política), ou como um contrato (acoplamento entre o direito e a economia), como uma espécie “hipertexto formal”,<sup>591</sup> admitindo diferentes interpretações em distintos contextos sociais, ou seja, distintas interpretações conforme a variedade de sistemas sociais envolvidos na decisão.

Um TAC, por exemplo, possibilita que a organização tome uma decisão jurídico-coletiva reduzindo a complexidade do ambiente, especialmente do sistema da economia (v.g. utilização pelo sistema do direito de codificação secundária da economia: as cláusulas dos compromissos de ajustamento de conduta são *necessariamente* acompanhadas de

<sup>588</sup> FEBBRAJO, Alberto. **Introduction.** In: FEBBRAJO, Alberto; HARSTE, Gorm (Eds.). Law and intersystemic communication. Understanding ‘structural coupling’. England: Ashgate, 2013, p. 3, 6.

<sup>589</sup> *Ibidem*, p. 6-7.

<sup>590</sup> *Ibidem*, p. 7.

<sup>591</sup> FEBBRAJO, Alberto. **Introduction.** In: FEBBRAJO, Alberto; HARSTE, Gorm (Eds.). Law and intersystemic communication. Understanding ‘structural coupling’. England: Ashgate, 2013, p. 8.

*cominações*, mecanismos que permitem tornar mais provável o cumprimento da expectativa – LACP, art. 5º, §6º), do sistema de interação (somente é possível observar os grupos observando a comunicação coletiva produzida no interior deste sistema) e do sistema científico (a decisão jurídico-coletiva *frequentemente* se utiliza das informações dos sistemas peritos).

Todavia, paradoxalmente, ao mesmo tempo em que reduz toda esta enorme complexidade ambiental a patamares que viabiliza a tomada da decisão jurídico-coletiva, a complexidade jurídica interna é aumentada, ocasionando incertezas que permitem outras decisões que geram incertezas e assim sucessivamente.

Através dos acordos coletivos, como já foi dito, os sistemas sociais compartilham o mesmo elemento de sentido sem que haja qualquer sobreposição ou hierarquia de um sobre outro. Isto permite que a decisão jurídico-coletiva *absorva incertezas*, de modo que a organização possa sair do sistema do direito e retornar para, então, decidir sobre o direito ou não direito. As portas de entrada e de saída do sistema representam exatamente o acoplamento intersistêmico.<sup>592</sup>

Nesta perspectiva, os acordos coletivos são as portas de entrada e saída do sistema do direito para outros sistemas sociais e vice-versa, possibilitando justamente que a organização do sistema do direito, ao tomar a decisão jurídico-coletiva, leve em consideração os demais sistemas sociais para a absorção da incerteza e, ao fim e ao cabo, *reduza os riscos da decisão jurídica* a partir de uma aproximação dos afetados ao centro decisório.

Em verdade, há, no acordo coletivo, uma “dupla” (múltipla) contingência<sup>593</sup> verificada entre os sistemas, a partir de expectativas de um sistema em relação à ação de outro, pois o sistema de interação ou o sistema da ciência, por exemplo, observa as seleções do sistema do direito como contingentes, até porque a seletividade dos sistemas de sentido (sociais/psíquicos) sempre é contingente.

De acordo com GIANCARLO CORSI, ELENA ESOPSITO e CLAUDIO BARALDI, “contingencia significa entonces posibilidades de desilusión y necesidades de correr riesgos. En la dimensión social, este problema se manifiesta como doble contingencia: toda selección depende ya sea de un Ego o de un Alter, entendidos ambos como sistemas

---

<sup>592</sup> ROCHA, Leonel Severo; SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Perícias técnicas, decisões jurídicas e gestão em sistemas setoriais no contexto dos novos direitos**. In: ROCHA, Leonel Severo; DUARTE, Francisco Carlos (Coords). Direito ambiental e autopoiese. Curitiba: Juriá, 2012, p. 206.

<sup>593</sup> LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociales**: lineamentos para una teoría general. Trad. Silvia Pappe y Brunhilde Erker. Coord. Javier Torres Nafarrate. Rubí (Barcelona): Anthropos; Mexico: Universidad Iberoamericana; Santafé de Bogotá: CEJA, Pontificia Universidad Javeriana, 1998, p. 113-139.

constitutivos de sentido”.<sup>594</sup>

Nesse sentido, conforme os autores,

para cada Ego, Alter es un Alter Ego, imprevisible y capaz de variar. Ya sea Ego o Alter determinan el propio comportamiento de modo autorreferencial, al interior de los propios límites. Cada uno de ellos es para el outro una caja negra (*black box*) en cuanto que sus criterios selectivos no pueden ser observados desde el exterior. [Assim,] cada sistema somete al otro la indeterminación de la propia autorreferencia y al mismo tiempo la determinabilidad de sus propias selecciones.

A dupla-contingência que se verifica entre sistemas sociais nesses acoplamentos é uma qualidade de contingência especificamente social,<sup>595</sup> significando que a constituição do mundo social se apresenta através de um horizonte de dupla (ou melhor, *múltiplas*) perspectivas, ou seja, as perspectivas de cada um dos sistemas sociais.

É importante frisar que os demais sistemas sociais não irão determinar a decisão jurídico-coletiva, pois isto implicaria passar por cima da autopoiese do sistema jurídico, de sua autonomia sistêmica. Exige-se do sistema jurídico uma sensibilidade suficiente para deixar-se perturbar pelas informações do seu ambiente sem abandonar sua específica racionalidade. Levar os demais sistemas sociais em consideração no momento da decisão jurídica, mas sem se deixar colonizar por quaisquer de suas racionalidades específicas. Em outras palavras: é necessário hetero-observar sem perder a mira da forma jurídica, da fronteira do sistema, ou seja, da distinção sistema-ambiente. É indispensável, pois, uma “avaliação prospectiva dos efeitos sistêmicos”<sup>596</sup> quando da produção da decisão jurídico-coletiva, uma *avaliação dos riscos*.

Mesmo nos acoplamentos intersistêmicos, é preciso ter em mente que a abertura de cada sistema ao ambiente não é indiscriminada, não havendo relação *input-output* entre o sistema jurídico e os demais sistemas no ambiente do direito, posto que toda informação do entorno permanece passando pelo filtro seletivo do código binário e específico de cada sistema que observa a comunicação compartilhada. As reações do sistema jurídico, desse modo, não ocorrem ponto a ponto em relação às reações dos demais sistemas que estão

---

<sup>594</sup> *Ibidem*, p. 68.

<sup>595</sup> CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Claudio. **Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann**. Tradução de Miguel Romero Perez e Carlos Villalobos, sob a direção de Javier Torres Nafarrate. Editorial Anthropos, 1996, p. 68.

<sup>596</sup> VIANA, Ulisses Schawarz. **O novo processo civil e os postulados do atendimento dos fins sociais e exigências do bem comum (primeira parte do art. 8º do NCPC)**: uma leitura à luz da teoria dos sistemas – Novo CPC: análise doutrinária sobre o Novo Direito Processual Brasileiro. v. 1. Campo Grande: Editora Contemplar, 2015, p. 107.

envolvidos pelo acordo coletivo.

Desse modo, no mínimo<sup>597</sup> o sistema de interação, o sistema científico, o sistema econômico e o próprio sistema organizacional *se põem simultaneamente à disposição* do sistema jurídico e vice-versa através do acoplamento operacional que é o acordo coletivo, ocasionando as múltiplas contingências como problema da coordenação das seleções, imprevisíveis e contingentes de sistemas que se observam recíproca e heterarquicamente.

Ainda conforme GIANCARLO CORSI, ELENA ESOPSITO e CLAUDIO BARALDI,

la doble contingencia se autodisuelve continuamente, ya que su propio surgir pone en movimiento un proceso que lleva a la solución de problema. Ella, entonces, no existe como forma pura: por el contrario, es un problema de referencia constante, que se incorpora continuamente en los sistemas sociales como base para su reproducción.<sup>598</sup>

Uma das consequências mais importantes da dupla-contingência, que, por seu turno, está relacionada com a *expectativa de expectativa*, ou seja, da expectativa que um sistema tem em relação à expectativa de outro sistema, é o surgimento da confiança e da desconfiança.<sup>599</sup> Afinal, *Alter* pode atuar de maneira distinta daquilo que *Ego* espera. Todavia, a confiança não elimina o risco, apenas o reduz.<sup>600</sup> A confiança é um *reductor de complexidade*.<sup>601</sup>

Utilizamos a confiança, aqui, no sentido *sistêmico* e não pessoal. De acordo com LUHMANN, a confiança sistêmica se forma automaticamente através de uma *experiência afirmativa e contínua de utilização do meio de comunicação simbolicamente generalizado relativo a determinado sistema*, de modo que a confiança recaia sempre na *função* que o sistema exerce para a sociedade. Assim, no caso do sistema da economia, por exemplo, quando se confia na estabilidade do valor do *dinheiro* e na continuidade de uma multiplicidade de oportunidades para gastá-lo, basicamente supõe-se que o sistema está funcionando e põe sua confiança nesta função e não nas pessoas.<sup>602</sup>

---

<sup>597</sup> No mínimo porque, frequentemente, outros subsistemas sociais também poderão estar envolvidos na decisão jurídico-coletiva (v.g. saúde, educação, ecologia, religião, família etc.).

<sup>598</sup> *Ibidem*, p. 69.

<sup>599</sup> LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociales**: lineamentos para una teoría general. Trad. Silvia Pappe y Brunhilde Erker. Coord. Javier Torres Nafarrate. Rubí (Barcelona): Anthropos; Mexico: Universidad Iberoamericana; Santafé de Bogotá: CEJA, Pontificia Universidad Javeriana, 1998, p. 133.

<sup>600</sup> LUHMANN, Niklas. **Confianza**. Mexico: Editorial Anthropos, 2005, p. 55.

<sup>601</sup> *Ibidem*, p. 39-52.

<sup>602</sup> LUHMANN, Niklas. **Confianza**. Mexico: Editorial Anthropos, 2005, p. 85-86.

Nesse sentido, LUHMANN assevera que ao se trocar a confiança pessoal para a sistêmica “el proceso de aprendizaje se hace más fácil, pero el control es más difícil”,<sup>603</sup> isto porque “quem confia em tais mecanismos não pode corrigi-los, todavia precisa manter a confiança, como se estivesse coagido; não obstante, institucionalizada a confiança, cria-se uma espécie de certeza equivalente”.<sup>604</sup>

#### 4.2 REVISITANDO A REPRESENTAÇÃO ADEQUADA PARA SUPERAR O PARADIGMA MENTALISTA: OS GRUPOS PRECISAM DA ORGANIZAÇÃO JURÍDICA OU A ORGANIZAÇÃO JURÍDICA PRECISA DOS GRUPOS?

Para procedermos a revisitação deste tema, é importante antes um breve esboço da ideia de representação adequada na semântica da tutela coletiva.

Como visto, a atuação representacional é inerente a qualquer atuação em prol de grupo(s), seja na esfera judicial (ações coletivas) ou não (acordos coletivos extrajudiciais), pois os grupos necessitam, no nosso caso, de alguma organização que possa tomar decisões por eles.

Todavia, a doutrina aponta a necessidade de se agregar uma *qualidade* a esta representação. É indispensável, pois, que ela seja adequada (representação adequada). Mas *adequada a quê?* A resposta nos parece intuitiva se partirmos da observação do sistema jurídico como um sistema parcial da sociedade: *ao sistema de interação em que a comunicação coletiva (dos grupos) pode ser empiricamente verificada.*

Trata-se de “viga mestra” do sistema processual civil coletivo,<sup>605,606,607</sup> variando em cada ordenamento jurídico tão somente os critérios adotados para sua aferição.

Realmente, o fato de determinado país ser menos exigente no tocante aos critérios para a aferição da representação adequada (como nos Estados Unidos), ou simplesmente

---

<sup>603</sup> *Ibidem*, p. 86.

<sup>604</sup> BARRETO, Ricardo Menna; ROCHA, Leonel Severo. **Confiança nos contratos eletrônicos**: uma observação sistêmica. Revista Jurídica Cesumar, v. 7, n. 2, p. 409-425, jul.-dez. 2007, p. 416.

<sup>605</sup> GIDI, Antonio. **Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo**: a codificação das ações coletivas no Brasil. Rio de Janeiro: Forense, p. 77.

<sup>606</sup> Richard Allen Nagareda afirmou que “the concept of adequate representation lies at the core of contemporary debate over the class action”. NAGAREDA, Richard Allen. **Administering adequacy in class representation**. Texas: Law Review, v. 82, 2003, p. 288.

<sup>607</sup> Nicolás Calera fala da necessidade de os representantes dos grupos serem *autênticos e democráticos*. CALERA, Nicolás López. **Sobre los derechos colectivos**. In: ROIG, Francisco Javier Ansuategui (Ed.). Una discusión sobre derechos colectivos. Madrid: Dykinson, 2001, p. 39.

presumi-la a partir da discriminação legal dos legitimados ativos para a ação coletiva (como no Brasil) não significa que a exigência da representação adequada não tenha sido em si mesma contemplada.<sup>608</sup>

De acordo com SUSANA HENRIQUES DA COSTA, é justamente a representação adequada “que torna factível a introdução dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos em juízo e, ainda, é ele que justifica a prolação de uma decisão com efeitos *erga omnes*, incidentes sobre terceiros que não foram partes no processo”.<sup>609</sup> Nesse sentido, a adequação da representação legitima a vinculação de todo o grupo à decisão jurídica.

Parece-nos correto apontar, fundamentalmente, duas maneiras de se conceber a representação adequada na tutela jurídico-coletiva.<sup>610</sup>

Na primeira, a legislação indica nominal e taxativamente os titulares da ação coletiva, presumindo-os representantes adequados e, nesses casos, normalmente vinculando os indivíduos integrantes da coletividade apenas quando o resultado for favorável (pedido procedente) ou quando houver o ingresso do indivíduo na ação coletiva (CDC, art. 94). Nesse sentido, a representação adequada é *in re ipsa*.

Na segunda, temos uma ampla e aberta titularidade da ação coletiva, ou seja, qualquer indivíduo que seja membro de um grupo e que comungue das mesmas queixas da classe pode, em tese, manejar a ação coletiva, de forma que, não havendo a presunção legal da adequação de sua representação, o autor deverá provar em cada caso concreto que efetivamente vai, de forma adequada e vigorosa, defender os interesses de toda a coletividade que estará formalmente ausente no processo, tendo em conta que, coerentemente, o resultado final terá efeitos vinculantes para todos os indivíduos da classe, independentemente se benéfico ou não.

A representação adequada está relacionada diretamente com o *devido processo legal*, ou seja, o direito de o grupo ser devida e adequadamente ouvido para poder estar

<sup>608</sup> MIRRA, Álvaro Luiz Valery. **Associações civis e a defesa dos interesses difusos em juízo**: do direito vigente ao direito projetado. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; CASTRO MENDES, Aluísio Gonçalves de; WATANABE, Kazuo (Orgs.). **Direito processual coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 117.

<sup>609</sup> COSTA, Susana Henriques da. **A representatividade adequada e o litisconsórcio** – O Projeto de Lei n. 5.139/2009. In: GOZZOLI, Maria Clara; CIANCI, Mirna; CALMON, Petrônio; QUARTIERI, Rita (Coords.). Em defesa de um novo sistema de processos coletivos: estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 627.

<sup>610</sup> Nesse sentido: MAIA, Diogo Campos Medina. **Ação coletiva passiva**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 109.

FERRARESI, Eurico. **Ação popular, ação civil pública e mandado de segurança coletivo**: Instrumentos processuais coletivos. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 116.

vinculado ao julgado, o que necessariamente pressupõe um adequado porta-voz dos interesses do grupo.<sup>611</sup>

A ideia de atrelar a representação adequada ao devido processo legal ou, melhor dizendo, de que a representação adequada é a pedra de toque do devido processo legal na semântica da tutela jurídico-coletiva,<sup>612</sup> tornou-se incontestável, pelo menos nos Estados Unidos, desde 1940, quando a Suprema Corte daquele país decidiu, no emblemático e ainda controvertido<sup>613</sup> *Hansberry versus Lee*, que os membros da classe que não ingressaram na ação coletiva e que foram inadequadamente representados poderiam questionar posteriormente o julgamento alegando que não foram *adequadamente representados*.

Não seria exagero dizer que o famoso *Marbury versus Madison* está para o controle de constitucionalidade assim como *Hansberry versus Lee* está para a constatação de que a

<sup>611</sup> Nesse sentido: GIDI, Antonio. **A representação adequada nas ações coletivas brasileiras**: uma proposta. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 27, n. 108, out.-dez. 2002, p. 68-70.

<sup>612</sup> Nesse sentido: NEWBERG, Herbert; CONTE, Alba. **Newber on class action**. 1992, p. 13/55.

DAM, Kenneth. **Class action notice**: who needs it? *Supreme Court Review*, v. 97, 1974, p. 112.

SILVER, Marjorie. **Fairness and finality**: third-party challenges to employment discrimination consent decrees after the 1991 civil rights act. *Fordham Law Review*, v. 62, 1993, p. 367.

BONE, Robert. **Rethinking the “day in court” ideal and nonparty preclusion**. *N.Y.U. Law Review*, v. 67, 1992, p. 214.

LAYCOCK, Douglas. **Due process of law in trilateral disputes**. *Iowa: Law Review*, 1993, v. 78, p. 1.020.

<sup>613</sup> Questionando a possibilidade de, posteriormente, o indivíduo integrante da classe ausente, com base na regra do devido processo legal, manejar ação individual e atacar o julgamento da ação coletiva com o fundamento de ter sido inadequadamente representado (*collateral attack*): KARAN, Marcel; SILBERMAN, Linda. **The proper role for collateral attack in class actions**: a reply to Allen, Miller and Morrison. 73 *N.Y.U. Law Review*, 1193, 1203 (1998).

KARAN, Marcel; SILBERMAN, Linda. **The inadequate search for “adequacy” in class actions**: a critique of *Epstein v. MCA, Inc.*, 73 *N.Y.U. Law Review* 765, 774 (1998).

ISSACHAROFF, Samuel. **Governance and legitimacy in the law os class actions**. 1999 *Sup. Ct. Review*, p. 372-373.

Em sentido contrário: Owen Fiss sustenta que “[...] If any interest is not adequately represented, then the decree remains vulnerable to a new challenge”. FISS, Owen. **The allure of individualism**. *Iowa: Law Review*, v. 78, 1993, p. 970-971.

Patrick Woolley assevera que “because current law imposes no obligation on absent class members to raise adequacy objections in the class suit itself, absent class members have a due process right to collaterally attack a judgment for inadequate representation”. WOOLLEY, Patrick. **The availability of collateral attack for inadequate representation in class suits**. *Texas: Law Review*, v. 79, 2000, p. 383.

David A. Dana afirma que “[...] a rule allowing challenges to settlements that no reasonable class member could have accepted comports with our basic intuitions of fairness and justice”. DANA, David A. **Adequacy of representation in time (or why the result in Stephenson is correct)**. *Northwestern University School of Law*, 2004, p. 4.

representação adequada nos direitos de grupos é desdobramento direto da norma constitucional do devido processo legal.

Entendemos que nestas duas formas de se conceber a representação adequada – por presunção legal ou por controle judicial em concreto – há *suficiente* atendimento ao devido processo legal, muito embora em qualquer delas não haja garantia absoluta e definitiva de respeito à mesma norma. Afinal, a decisão jurídico-coletiva sempre será contingente, dando margem à produção de incertezas, *inclusive quanto à adequação da representação*. Do contrário, não seria uma decisão.

Não se contentando com a presunção legal e no intuito de “garantir efetivamente” a adequação da representação no modelo brasileiro, boa parte da doutrina tem defendido o controle judicial (ou em concreto) da representação. FREDIE DIDIER JÚNIOR chega a afirmar que “a necessidade de controle judicial da adequação do legitimado coletivo decorre da aplicação da cláusula do devido processo legal à tutela jurisdicional coletiva”.<sup>614</sup> Não é bem exatamente isso, com toda vênia. Como já deixamos assentado em outra ocasião, o que decorre do devido processo legal é a *adequação da representação* e não propriamente o seu controle em concreto pelo Poder Judiciário.<sup>615</sup>

Quando se opta pela presunção legal da representação adequada, atende-se o devido processo legal considerando que a decisão judicial na ação coletiva só se estenderá aos integrantes do grupo se for favorável, ou seja, só há falar em extensão da coisa julgada à esfera individual de cada membro do grupo no caso de procedência da ação coletiva, não havendo prejuízo, portanto, aos indivíduos integrantes do grupo.<sup>616</sup>

Em outras palavras: o resultado da atuação em juízo por um dos colegitimados à ação civil pública pode conduzir a resultados benéficos para o indivíduo, mas nunca maléficis, entendida esta expressão no sentido de vir a obstar o exercício da ação individual.<sup>617</sup>

---

<sup>614</sup> O controle judicial da legitimação coletiva e as ações coletivas passivas (o art. 82 do CDC). SHIMURA, Sérgio. O papel da associação na ação civil pública. In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias (Orgs.). **Processo civil coletivo**. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 155.

Nesse sentido: VIOLIN, Jordão. *Op. cit.*, p. 173.

<sup>615</sup> CÂNDIA, Eduardo Franco. **Legitimidade ativa na ação civil pública**. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 283.

<sup>616</sup> Gidi esclareceu, com acerto, que “o que é *secundum eventum litis* não é a formação da coisa julgada, mas a sua extensão *erga omnes* ou *ultra partes* à esfera jurídica individual de terceiros prejudicados pela conduta considerada ilícita na ação coletiva (é o que se chama extensão *in utilibus* da coisa julgada). GIDI, Antonio. **Coisa julgada e litispendência em ações coletivas**. São Paulo: Saraiva, 1995, 1995, p. 72-73, 117-118 e 126-127 *passim*.

<sup>617</sup> ARRUDA ALVIM, José Manoel de *et al.* **Código do consumidor comentado e legislação correlata**. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 1, 2. ed., 1991, p. 183.

Além disso, no direito brasileiro, que adota esta forma de representação adequada, ainda há a peculiaridade de que, em se tratando de direitos difusos e coletivos em sentido estrito, vigora, expressamente, a regra da coisa julgada *pro et contra* mas *secundum probationes*, possibilitando sempre a repositura da *mesma ação coletiva* com base em *nova prova*.

Na defesa de tais direitos, a decisão judicial (sentença coletiva) fará coisa julgada *pro et contra*, ou seja, haverá coisa julgada material seja na procedência ou improcedência do pedido, mas a lei permite que a mesma ação coletiva seja reproposta havendo nova prova.

Na prática, seria como se pudéssemos falar em coisa julgada sob condição resolutiva,<sup>618</sup> ou seja, *persistiria a coisa julgada coletiva desfavorável à coletividade até a superveniência da decisão judicial em contrário proferida em idêntica ação coletiva reproposta com base em nova prova*.

Como o juiz não precisa declinar na sentença que está julgando improcedente o pedido por insuficiência de provas – até mesmo porque seria uma aberração deixar que um juiz decida sobre os efeitos vinculantes da sua própria sentença<sup>619</sup> –, não será possível saber se a sentença improcedente foi proferida com suficiência probatória, pelo menos até que surja uma nova prova, o que pode tardar algumas horas, alguns anos ou nunca surgir.

Enquanto não surge esta prova nova, a sentença improcedente no caso de direitos difusos e coletivos forma coisa julgada. Porque, como bem observou ANTONIO GIDI, adotando o que chama de critério substancial para saber se a improcedência foi ocasionada por insuficiência de provas, “não deixa de estar julgando por insuficiência de provas o magistrado que, equivocadamente, pensa estar diante de todo o material probatório disponível para aquele caso concreto”.<sup>620</sup>

Desse modo, em se tratando de direitos difusos e coletivos a coisa julgada se forma *pro et contra* com a peculiaridade de que, no caso de improcedência do pedido, será sempre permitida a repositura da ação com o surgimento da nova prova, ou seja, não havendo prejuízo, pelo menos não de forma *definitiva* (até a apresentação da nova prova fica vedada a repositura da ação coletiva), sequer ao grupo.

---

<sup>618</sup> Paulo de Bessa Antunes já sustentou que nas ações coletivas julgadas improcedentes por falta de prova, a sentença tem sua eficácia condicionada à não aparição de novos elementos probatórios. ANTUNES, Paulo de Bessa. **Curso de direito ambiental**. Rio de Janeiro: Renovar, 1992, p. 232.

<sup>619</sup> GIDI, Antonio. **Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo**: a codificação das ações coletivas no Brasil. Rio de Janeiro: Forense, p. 295.

<sup>620</sup> GIDI, Antonio. **Coisa julgada e litispendência em ações coletivas**. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 133.

Assim, a formação de coisa julgada se dá *pro et contra* o grupo, sendo que apenas na improcedência do pedido – isto é, contra o grupo – a formação dependerá da suficiência ou não da prova (*secundum probationes*).

FREDIE DIDIER JR. e HERMES ZANETI JR. entendem que “o CDC consagrou a coisa julgada *secundum eventum probationis* para as ações coletivas que versam sobre direitos difusos e coletivos *stricto sensu*”.<sup>621</sup>

Nesse sentido também é o entendimento de RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO ao sustentar que “nos interesses essencialmente coletivos (difusos e coletivos em sentido estrito) incide a cláusula *secundum probationem* (Lei 8.078/90, art. 81, I e II), mas não assim nos individuais homogêneos (Lei supra, art. 81, III)”.<sup>622</sup>

A consequência, segundo MANCUSO, “é que, nos dois primeiros casos, a ação coletiva poderá vir a ser reproposta, desde que fundada em novas provas, ao passo que nos individuais homogêneos a improcedência – independentemente do nível de cognição que tenha sido alcançado – atuará sempre *erga omnes* (*pro et contra*, pois)”.<sup>623</sup>

PATRÍCIA PIZZOL defende também a coisa julgada *secundum eventum probationes*, mas sustenta que o ideal seria mesmo a alteração do art. 103 do CDC para, expressamente, admitir o que ela entende como uma forma de “relativizar a coisa julgada”.<sup>623</sup>

GREGÓRIO ASSAGRA DE ALMEIDA defende a coisa julgada *secundum probationem* mesmo que a nova prova seja de existência anterior à ação coletiva, “mas que por algum motivo justificável não foi juntada aos autos”.<sup>624</sup>

Em manifestação proferida em sede de recurso extraordinário (RE 363889/DF), a abordar questão referente à flexibilização da coisa julgada material frente ao direito fundamental de filiação e ao direito à assistência jurídica aos necessitados, o Ministro Luiz Fux prolatou voto-vista reconhecendo expressamente que a coisa julgada *secundum eventum probationis* apenas ocorre, no direito brasileiro, nos casos em que há expressa previsão legal, a exemplo do que se passa com a LAP (Lei n. 4.717/65, art. 18), com a LACP (Lei n. 7.347/85, art. 16) e, ainda, com as ações coletivas disciplinadas pelo CDC a respeito de direitos difusos e coletivos (CDC, art. 103, inc. I e II).

<sup>621</sup> DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de direito processual civil: processo coletivo**. Salvador: Podivm, 2007, p. 344.

<sup>622</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Jurisdição coletiva e coisa julgada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 302, 303.

<sup>623</sup> PIZZOL, Patricia Miranda. **Coisa julgada nas ações coletivas**. Disponível em: <[http://www.pucsp.br/tutelacoletiva/download/artigo\\_patricia.pdf](http://www.pucsp.br/tutelacoletiva/download/artigo_patricia.pdf)>. Acesso em: 14 jul. 2014.

<sup>624</sup> ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Manual das ações constitucionais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 217, 218.

A despeito de o CDC não tratar desta mesma forma a coisa julgada nos casos de direitos individuais homogêneos, pois não houve previsão de repositura da ação coletiva após o trânsito em julgado com o surgimento de nova prova, de modo que eventual improcedência por insuficiência de prova não permitiria a repositura da ação, entendemos que, *de lege lata*, também deve ser aplicada a mesma regra, pois não há justificativa lógica ou jurídica para o trato assimétrico de situações muito semelhantes, pelo menos do ponto de vista da técnica processual.

Em se tratando de tutela jurídico-coletiva, seja para a defesa de direito difuso, coletivo, seja para individuais homogêneos, as condições para adjudicação do código do direito são exatamente as mesmas (perspectiva coletiva sobre a individual e necessária atuação representacional).

Além disso, a peculiaridade com que se exerce esta atuação representacional é exatamente a mesma (*legitimidade autônoma para a condução do processo*<sup>625</sup>), de sorte que, como corretamente ponderou ANTONIO GIDI, ainda nos idos de 2002, esta assimetria entre o regramento processual das ações coletivas é incompreensível do ponto de vista da política legislativa.<sup>626</sup>

Esta ideia fica reforçada quando o próprio CDC permite que a sentença coletiva de procedência possa ser aproveitada pelo indivíduo, *quer se trate de direito difuso*, quer de direito *coletivo*, quer *individual homogêneo*. Em outras palavras: quando se observa a disciplina do transporte *in utilibus* da coisa julgada para a esfera individual, verifica-se que *não há* qualquer diferença se a sentença de procedência versa sobre direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos. Qual seria, então, a justificativa para o trato diferenciado da coisa julgada entre as espécies de direitos de grupos veiculados pela ação coletiva?

O art. 103, inciso III, do CDC dá tratamento totalmente diverso a situações semelhantes, frise-se, pelo menos do ponto de vista da técnica processual. Nesse sentido, há um malferimento ao princípio constitucional da isonomia, haja vista tratar situações semelhantes (sentença coletiva de improcedência por insuficiência de prova na jurisdição

---

<sup>625</sup> Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery consideram haver legitimidade autônoma para a condução do processo apenas na tutela de direitos difusos e coletivos, havendo substituição processual no caso de tutela de direitos individuais homogêneos. NERY JÚNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. **Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 1.661.

Em sentido contrário, ver: CÂNDIA, Eduardo Franco. **Legitimidade ativa na ação civil pública**. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 79-101.

<sup>626</sup> GIDI, Antonio. **A representação adequada nas ações coletivas brasileiras**: uma proposta. Revista de Processo, São Paulo, v. 27, n. 108, out.-dez. 2002.

civil coletiva) com consequências jurídicas diversas, ou seja, nos direitos difusos e coletivos a coisa julgada se formando *pro et contra*, mas *secundum probationes* na hipótese de improcedência, e nos direitos individuais homogêneos *pro et contra* sem qualquer possibilidade de repositura da ação em benefício do grupo, ainda que posteriormente surja nova prova apta a alterar o julgamento anterior, portanto, em claro prejuízo *aos grupos*, já que a improcedência não prejudica *o indivíduo*.<sup>627,628</sup>

E nem se diga que o fato de se estar diante de direitos “essencialmente” coletivos de um lado (difusos e coletivos) e “acidentalmente” coletivos (individuais homogêneos) de outro justificaria tal diferenciação, tudo porque a técnica processual, em ambas as situações, é exatamente a mesma, como não poderia ser diferente.

Todas essas questões relativas à coisa julgada coletiva estão *diretamente* relacionadas à adequação da atuação representacional do grupo pela organização jurídica ou, simplesmente, à representação adequada do grupo. Com efeito, se o grupo está adequadamente representado, não há que temer os efeitos da sentença coletiva.

Pois bem. No modelo que considera presumida a adequação da representação a partir do rol taxativo das organizações que podem tomar decisões jurídico-coletivas, como é o caso brasileiro, há uma certa frouxidão no trato na coisa julgada quando a sentença for improcedente versando sobre direitos difusos e coletivos. Há, pois, um suficiente atendimento ao devido processo legal, ainda que por compensação, de acordo com o resultado da sentença.

Todavia, esta mesma frouxidão, como visto, inconstitucional e injustificadamente não existe na sentença de improcedência envolvendo direitos individuais homogêneos. Aqui, além da isonomia, o devido processo legal fica capenga, pois a presunção da adequação da representação não teria a compensação de a sentença só poder *beneficiar* o grupo.

Ao nosso sentir, este problema poderia ser resolvido interpretando o art. 103, III do CDC de modo a reconhecer sua inconstitucionalidade e aplicar no caso dos direitos individuais homogêneos, por analogia, o inciso I do art. 103 do CDC.

---

<sup>627</sup> ABBOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. São Paulo: RT, 2016, p. 508.

<sup>628</sup> Em recente decisão, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul entendeu que por ter firmado um TAC para reduzir as emanações de odores industriais – e demonstrar seu cumprimento – um frigorífico não tem de indenizar individualmente os moradores da região pelo mau-cheiro. Por unanimidade, a 9ª Câmara Cível do TJ-RS negou apelação de uma moradora da Comarca de Santa Rosa, que teve ação indenizatória movida contra o frigorífico julgada improcedente. Aqui, houve clara confusão entre decisão jurídico-coletiva e decisão jurídico-individual, com evidente prejuízo ao indivíduo. **Apelação Cível n. 70066858705, rel. Des. Eugênio Facchini Neto, j. 29/01/2016.**

É importante ressaltar um outro ponto que nos parece fundamental para que se rechace qualquer possibilidade de argumentação no sentido de que seja uma novidade dos direitos de grupos a ideia de atuação representacional adequada: o processo civil tradicional<sup>629</sup> não só admite a atuação representacional, mas também nunca foi infenso ao *controle judicial* desta representação. Ao nosso sentir, este controle, para ter aplicabilidade no processo civil coletivo, assim como ocorre no processo civil clássico, *depende de expressa previsão legal, não podendo ser inferido diretamente de uma norma principiológica* (no caso, o devido processo legal).

Por exemplo, no processo de inventário o juiz pode, *de ofício*, remover o inventariante se este não der ao inventário andamento regular, se suscitar dúvidas infundadas ou se praticar atos meramente protelatórios (CPC, art. 622, II).

Traduzindo: se o inventariante não for um representante adequado do espólio, o juiz, *de ofício*, poderá removê-lo. Aplica-se, pois, o art. 622 do CPC. Isto nada mais é que o controle judicial da representação adequada do espólio, expressamente autorizado por lei.

Mas e se não houvesse esta autorização legal? Poderia o juiz, mesmo assim, remover o inventariante, com fundamento *direto* no princípio do devido processo legal? A resposta nos parece ser negativa, especialmente pela separação de poderes, não havendo nesta tese espaço para aprofundarmos esta questão.

O fato é que se torna necessária a existência de uma regra específica (*inexistente no processo civil coletivo*) para que o juiz possa fazer esse controle em cada caso concreto, não sendo suficiente se valer diretamente do princípio constitucional do devido processo legal.

Parece-nos, pois, que o caminho é a interpretação do art. 103, III do CDC conforme os incisos anteriores (I e II).

CÁSSIO SCARPINELLA BUENO<sup>630</sup> assevera que:

No Brasil, entretanto, não há lugar para que se verifique se aquele que se apresenta perante o Estado-juiz, pautado na letra da lei, como adequado representante de determinada lide que diga respeito a diversas pessoas, seja pessoa apta, efetivamente, para exercer aquele múnus. O sistema da representatividade no Brasil, seja o estabelecido na Constituição Federal, seja o estabelecido no ordenamento infraconstitucional, é presumido: todos aqueles que preenchem os requisitos previstos, em abstrato, na

---

<sup>629</sup> No processo penal também o juiz pode, por exemplo, dissolver o conselho de sentença se verificar que o advogado do réu não está exercendo a defesa de seu cliente adequadamente, ou seja, que o acusado se encontra indefeso (CPP, art. 497, V).

<sup>630</sup> BUENO, Cássio Scarpinella. **As class actions norte-americanas e as ações coletivas brasileiras**: pontos para uma reflexão conjunta. Revista de Processo, São Paulo, v. 21, n. 82, abr.-jun. 1996, p. 130.

norma jurídica, devem ser considerados aptos para o regular desenvolvimento de uma ação denominada coletiva.

Nesse sentido, o legislador entendeu que os legitimados ativos à ação coletiva são os adequados e exercerão, de forma efetiva, a defesa do direito coletivo, não se permitindo outras discussões, nem pelo próprio lesado, nem pelo juiz.<sup>631</sup>

Também é este o entendimento de ÁLVARO LUIZ VALERY MIRRA<sup>632</sup> ao afirmar que

A montagem do sistema legislativo em vigor, [...], objetivou, precisamente, contrabalançar as limitações do esquema representativo adotado com a instituição do regime de eficácia *erga omnes* limitada da coisa julgada, atento o legislador à necessidade de conciliar as garantias do devido processo legal com a tutela de direitos de titularidade coletiva, a partir, ainda, da premissa, conscientemente estabelecida, de não se permitir controle judicial sobre a representatividade adequada dos entes intermediários [...]. Por via de consequência, até que sobrevenha alteração na Constituição de 1988 e na Lei 7.347/1985, esse sistema legal deve prevalecer no direito brasileiro.

De todo modo, parece-nos também que quando se adota o controle judicial da adequação da representação atende-se suficientemente o devido processo legal ao se exigir a análise em cada caso concreto acerca da aptidão do autor para ajuizar e levar adiante a ação coletiva,<sup>633</sup> de sorte que, sendo considerado um adequado representante, o julgado vinculará todo o grupo, independentemente de o julgamento ser favorável ou não, seja o conjunto probatório suficiente ou não.

É interessante observar que, mesmo nesta sistemática, há quem entenda que o controle judicial da representação adequada, por si só, não basta para que se atenda ao devido processo legal, devendo ser garantida, ainda, a efetiva comunicação da ação coletiva ao integrante da classe (*notice*), a oportunidade de se excluir da classe (*opt out*), bem como de ser ouvido e participar do litígio, seja pessoalmente ou através de seu advogado (*right to be heard*).

---

<sup>631</sup> SHIMURA, Sérgio. O papel da associação na ação civil pública. In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias (Orgs.). **Processo civil coletivo**. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 155.

<sup>632</sup> MIRRA, Álvaro Luiz Valery. **Ação civil pública em defesa do meio ambiente**: a representatividade adequada dos entes intermediários legitimados para a causa. In: MILARÉ, Edis (Coord.). **A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 53.

<sup>633</sup> Nesse sentido: ZANETI JR., Hermes. **Mandado de segurança coletivo**: aspectos processuais controversos. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2001, p. 93.

Nesse sentido, o controle judicial da representação adequada seria necessário, mas nem sempre *suficiente* para se atender ao devido processo legal.<sup>634</sup>

No direito norte-americano, por exemplo, exige-se o controle judicial em concreto da representação adequada por duas razões que muito se distanciam de nosso modelo, a saber: 1) possibilidade de qualquer indivíduo integrante do grupo manejar a *class action*, ou seja, não se trabalha com um rol ou vários róis fechados de legitimados ativos;<sup>635</sup> 2) possibilidade de o julgamento vincular os integrantes da coletividade independentemente de um resultado benéfico, apesar de haver direito ao *opt out*, conferido ao indivíduo para se excluir do grupo cujos interesses são postos em juízo.

Fica bastante fácil perceber, por exemplo, o porquê de a legislação norte-americana prever expressamente o controle judicial da *adequacy of representation* para que a ação seja reconhecida como *class action (certification)*.

Dentro de um contexto que vincula os indivíduos integrantes da coletividade independentemente do resultado ser favorável, que adota a regra do *right to opt out* e, principalmente, que reconhece a legitimidade ativa *ad causam* a qualquer membro do grupo, a exigência faz todo o sentido.

Em apertada síntese, temos o seguinte:

- a) pode haver *presunção* da adequação da representação, a partir da previsão legislativa dos colegitimados à propositura da ação coletiva e, conseqüentemente, “relativizando” os efeitos da coisa julgada em relação aos grupos e aos indivíduos integrantes do grupo;
- b) pode-se exigir a comprovação em cada caso da adequada representação, com o necessário e respectivo controle judicial desta adequação, sendo neste caso a legitimidade ativa aberta a qualquer membro do grupo, ou seja, não atribuída em *numerus clausus*, atingindo indistintamente todos os integrantes do grupo, independentemente do resultado.

Aliás, é preciso que fique remarcado o seguinte ponto: mesmo quando se prevê expressamente o controle judicial da representação adequada não há qualquer certeza ou garantia absoluta de que o Poder Judiciário realizará da forma mais rápida, efetiva e,

---

<sup>634</sup> WOOLLEY, Patrick. **Rethinking the adequacy of adequate representation**. Texas: Law Review, v. 75, 1997, p. 572-577.

<sup>635</sup> Nesse sentido: MAIA, Diogo Campos Medina. **Ação coletiva passiva**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 105.

principalmente, acertada a análise da representação adequada,<sup>636,637</sup> de sorte que *nem sempre ser contra o controle judicial da representação adequada significa ser a favor da possibilidade de uma representação inadequada dos direitos de grupo em demandas coletivas*.<sup>638</sup> Com efeito, a decisão judicial que controla a representação adequada também é jurídica e, sendo assim, sempre contingencial, ou seja, sempre poderemos questionar a adequação da decisão judicial que adjudicou a adequação da representação.

A questão, em verdade, deve ser a seguinte: o controle da representação adequada pelo Poder Judiciário, por si só, transforma a organização que atua em benefício do grupo em um representante adequado?<sup>639</sup> A resposta, sem titubeio, deve ser negativa.

Por outro lado, sequer a questão da definitividade da decisão judicial acerca da representação adequada poderá ser garantida, pois a adequação ou inadequação da representação, como um problema prático, muitas vezes é revelada apenas *com o tempo*, o que fica ainda mais evidente nas chamadas ações coletivas futuras.<sup>640</sup>

---

<sup>636</sup> Esta preocupação não passou despercebida por Jay Tidmarsh quando propôs o que chamou de “princípio da inexistência de prejuízo” (*do no harm*) para mensurar a adequada representação nas ações coletivas, apontando justamente a incerteza, a falta de transparência e de uma regra clara sobre a forma com que os juízes atualmente aferem a representação adequada nos Estados Unidos. WOOLLEY, Patrick. **Rethinking the adequacy of adequate representation**. Texas: Law Review, v. 75, 1997, p. 1.202.

<sup>637</sup> Basta citar alguns doutrinadores norte-americanos que defendem, ardorosamente, a possibilidade de o indivíduo, membro da classe ausente, que não ingressou na ação coletiva, questionar posteriormente o julgamento desta ação ou acordo nela entabulado, alegando justamente a inadequação da representação (*collateral attack*): Woolley, Patrick. WOOLLEY, Patrick. **The availability of collateral attack for inadequate representation in class suits**. Texas: Law Review, v. 79, 2000, p. 388; LUNEBERG, William V. **The opportunity to be heard and the doctrines of preclusion: federal limits on state law**. Vill: Law Review, 2006, p. 114; BASSETT, Debra Lyn. **Constructing class action reality**. BYU: Law Review, 2006, p. 1.453; HOFFMAN, Lonny S. **Intersections of state and federal power: state judges, federal law, and the “reliance principle”**. Tul: Law Review, v. 81, 2007, p. 326-327; KONIAK, Susan P. **How like a winter?** The plight of absent class members denied adequate representation. Notre Dame: Law Review, v. 79, 2004, p. 1.836-1861; LILLY, Graham C. **Modeling class actions: the representative suit as an analytical tool**. Neb: Law Review, v. 81, 2003, p. 1.037.

Em sentido contrário: KAHAN, Marcel; SILBERMAN, Linda. **Matsushita and Beyond: the role of state courts in class actions involving exclusive federal claims**. Supreme Court Review, 1996, p. 277; KAHAN, Marcel; SILBERMAN, Linda. **The inadequate search for “adequacy” in class actions: a critique of Epstein v. MCA, Inc.** NY: Law Review, v. 73, 1998; ISSACHAROFF, Samuel; NAGAREDA, Richard A. **Class settlements under attack**. U. Pa: Law Review, v. 156, 2008; NAGAREDA, Richard Allen. **Administering adequacy in class representation**. Texas: Law Review, v. 82, 2003, p. 379.

<sup>638</sup> Em sentido contrário: GIDI, Antonio. **Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo: a codificação das ações coletivas no Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 84.

<sup>639</sup> Jay Tidmarsh pondera: “We have very little sense of what adequate representation means, how we can measure it, or how we can guarantee it”. Tradução livre: Temos muito pouca noção do que significa representação adequada, como podemos medi-la ou como podemos garanti-la. TIDMARSH, Jay. **Rethinking adequacy of representation**. Texas: Law Review, v. 87, 2009.

<sup>640</sup> DANA, David A. **Using the veil of ignorance to ensure distributive justice in class actions: a Rawlsian approach to “adequacy of representation” after Stephenson**. Northwestern: Public Law Research Paper, Chicago, IL, n. 5-3, feb. 2005, p. 3.

Desde 1940, quando a Suprema Corte dos Estados Unidos expressamente atrelou a representação adequada ao princípio do devido processo legal.<sup>641</sup> Esta questão vem sendo objeto de acirradas e intermináveis discussões naquele país. Isso tudo porque, mesmo o juiz reconhecendo a ação como coletiva e realizando um rigoroso controle da representação do *class representative* e de seu advogado, a jurisprudência majoritária e uma boa parte de respeitáveis doutrinadores norte-americanos admitem a possibilidade de o indivíduo integrante do grupo, que não se manifestou diretamente na ação coletiva,<sup>642</sup> ajuizar posteriormente uma ação individual questionando a representação adequada na ação coletiva para se ver desvinculado da coisa julgada.

A preocupação com esta “porta aberta” para o indivíduo questionar a representação adequada, posteriormente ao julgamento ou ao acordo na ação coletiva, ficou bastante clara na elaboração dos Principles of the Law of Aggregate Litigation, projeto conduzido pelo Instituto de Direito Americano, sob a relatoria de SAMUEL ISSACHAROFF, tendo como relatores associados ROBERT H. KLONOFF, CHARLES SILVER e RICHARD A. NAGAREDA, além de quase quarenta notáveis professores de diversas universidades americanas, na qualidade de conselheiros.

No referido projeto procurou-se justamente estreitar, de modo substancial, a possibilidade do *collateral attack*,<sup>643</sup> reduzindo-o aos casos de “conflitos estruturais” da representação, ou seja, àqueles que revelam um *risco significativo de que a condução do litígio seja sistematicamente distorcida*.

O ajuizamento de posterior ação individual, questionando a representação adequada em acordo celebrado em ação coletiva, deveria ser a regra justamente naqueles países que optam pela presunção legal da representação adequada. É no mínimo curiosa a constatação de que, pelo menos no caso brasileiro, não é esta a realidade que vemos.

---

<sup>641</sup> Hansberry v. Lee, 311 U.S. 32, 61 S. Ct. 115, 85 L. Ed. 22 (1940).

<sup>642</sup> Patrick Woolley afirma o seguinte: “The right to be heard is at the core of procedural due process, even in the class context. Adequate representation simply does not adequately protect the rights of class members who wish to actively participate in the litigation of their claims. [...] Even in mass litigation, the right to be heard can be reconciled with legitimate managerial concerns in a way that preserves the substance of an individual day in court”. Tradução livre: O direito de ser ouvido é o cerne do devido processo legal, mesmo no contexto das ações coletivas. Representação adequada simplesmente não protege adequadamente os direitos dos membros da classe que desejam participar ativamente no processo de suas reivindicações. [...] Mesmo em contencioso de massa, o direito de ser ouvido pode ser conciliado com as legítimas preocupações de gestão de forma que seja preservado substancialmente o dia do indivíduo no tribunal. WOOLLEY, Patrick. **Rethinking the adequacy of adequate representation**. Texas: Law Review, v. 75, 1997, p. 630.

<sup>643</sup> Por todos: WOOLLEY, Patrick. **Collateral attack and the role of adequate representation in class suits for Money damages**. Kansas: Law Review, v. 58, 2010, p. 919, 920.

Pertinente a observação de MARCELO ABELHA RODRIGUES<sup>644</sup> ao afirmar que no Brasil:

A escolha dos entes foi feita pelo legislador, que abstratamente previu que aqueles que figuram no rol dos legitimados é que possuem, pelo menos em tese, a legitimidade para agir. Nesse passo, aqui no nosso sistema, o papel do juiz no controle da legitimidade é quase nenhum, porque foi a lei que escolheu quem poderia e quem não poderia portar a tutela dos interesses coletivos. Por conta disso, e antevendo a possibilidade de que a sua escolha pode não ter sido a melhor, e considerando que o juiz é refém da regra *ope legis* da legitimidade, o próprio legislador criou um antídoto para o caso de o legitimado não representar adequadamente e assim trazer prejuízo à coletividade. O que fez? Bem, criou a regra da coisa julgada material para beneficiar os indivíduos se for procedente (direitos individuais homogêneos), ou ainda, não faz coisa julgada material se a demanda coletiva (difusa e coletiva) for julgada por insuficiência de provas.

Feita esta síntese, podemos dizer que a adequação é uma *qualidade* da representação, sendo esta, como vimos, uma das condições de possibilidade para se adjudicar o código do direito no âmbito da tutela jurídico-coletiva, haja vista a imprescindibilidade de qualquer grupo se valer da atuação representacional de uma organização jurídica para que esta possa tomar uma decisão jurídico-coletiva inserindo o grupo no sistema do direito.

Em termos sistêmicos, podemos afirmar que a exigência da *necessária atuação representacional adequada* é a maior evidência, na semântica da tutela coletiva, do paradoxo luhmanniano da abertura no fechamento.

Nesta moldura, a organização acoplada ao sistema jurídico que atua como representante adequado de um determinado grupo deve tomar a decisão jurídico-coletiva de modo a *preservar o fechamento operacional necessário para manter a diferença sistema-ambiente*, remarcando a identidade do sistema jurídico a partir de seu específico e invariável código binário, mas, simultaneamente e a partir da remarcação desta identidade, *abrir-se cognitivamente ao ambiente social interno*, fulcrada em argumentos substantivos,<sup>645</sup> para poder, em especial no sistema de interação, observar adequadamente a comunicação coletiva lá produzida, reconstruindo internamente seu sentido, de acordo com a racionalidade jurídica.

---

<sup>644</sup> RODRIGUES, Marcelo Abelha. Ação civil pública. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). **Ações constitucionais**. Salvador: Podivm, 2006, p. 297.

<sup>645</sup> LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Mexico: Editorial Herder, 2005, p. 457.

Isto mostra que a adequação da representação não pode ser aferida isoladamente pelo sistema do direito. Trata-se, antes de qualquer coisa, de uma adequação *social*. Este tem sido um ponto cego para a dogmática que vem trabalhando a tutela coletiva e que insiste num viés *exclusivamente jurídico*, insuficiente para abordagem de temática tão complexa. Aqui, mais do que em qualquer outro contexto, não há como se trabalhar o direito e a sociedade, mas apenas o direito *da* sociedade.

O grupo, portanto, sempre depende de uma atuação representacional (representação) *adequada* para que possa ser incluído *adequadamente* no sistema jurídico.

A inclusão no sistema do direito ocorre através de uma decisão jurídico-coletiva tomada por uma organização, conforme previsão expressa nos programas condicionais.

Quando se compreende bem a ideia da representação adequada, percebe-se que perde qualquer sentido a sustentação de determinados axiomas ou ‘verdades absolutas’ na tutela coletiva como, por exemplo, a *indisponibilidade dos direitos de grupo*,<sup>646</sup> como se esses direitos fossem absolutos e insuscetíveis de serem transacionados diante de tensões, em casos concretos, com outros direitos, sejam individuais ou coletivos,<sup>647</sup> ou seja, como se os direitos de grupos fossem intocáveis a ponto de só ser admissível em acordos coletivos a definição de prazos, condições, lugar e forma para cumprimento de obrigações já previstas em lei.<sup>648</sup>

Em outro português: tais direitos (difusos, coletivos e individuais homogêneos) são tratados como se fossem, *abstratamente*, superiores a quaisquer outros direitos, fundamentais ou não, coletivos ou não. É um mantra que esconde, muitas vezes, subjetividades assujeitadoras<sup>649</sup> de indivíduos que decidem em nome das organizações.

---

<sup>646</sup> Resp 586307/MT, rel. Min. Luiz Fux, DJ 30/09/2004 p. 223.

Na doutrina: MAZZILLI, Hugo Nigro *in*: **Notas sobre o compromisso de ajustamento de conduta**. Artigo publicado nos Anais do 7º Congresso Internacional de Direito Ambiental: direito, água e vida. v. 1, org. por Antônio Herman Benjamin, S. Paulo, Imprensa Oficial, 2003.

ZANETI JR., Hermes; GARCIA, Leonardo de Medeiros. **Direitos difusos e coletivos**. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 121.

<sup>647</sup> No Resp 299400/RJ, DJ 02/08/2006, rel. p/ acórdão Min. Eliana Calmon, o STJ entendeu que a “regra geral” seria a impossibilidade de transação sobre direitos difusos, mas que, excepcionalmente, poderia se admitir. No caso, a Segunda Turma do STJ, por maioria, não acolheu o recurso do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro que pretendia anular transação entre o município de Volta Redonda e a Companhia Siderúrgica Nacional (CSN), na qual o município teria renunciado a valores em torno de US\$ 40 milhões. A Turma deixou de acolher a tese da impossibilidade da transação em face do direito difuso, na certeza de que a melhor composição é a efetivada e não aquela que não virá nunca, ou demorará mais de dez anos, caso seja anulada a sentença para então começar-se tudo novamente.

<sup>648</sup> RODRIGUES, Geisa de Assis. **Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta**. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 155-170.

<sup>649</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Decido conforme minha consciência?** Coleção O que é isto? Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 15.

Quem levanta a bandeira desta ilusória indisponibilidade dos direitos de grupo apenas demonstra que não compreendeu bem a função da atuação representacional das organizações que tomam decisões jurídico-coletivas incluindo grupos no sistema do direito e, muito menos, da adequação desta atuação, ou seja, da qualidade da representação.

É justamente esta qualidade que possibilita que a decisão jurídica se alimente das informações de outros sistemas, ou seja, que saia do sistema jurídico e retorne a ele para construir internamente o sentido daquilo que foi observado no ambiente mas, como dito, é esta mesma qualidade que assegura que a informação do ambiente será devidamente processada conforme o código do sistema jurídico, permitindo que a decisão jurídico-coletiva faça a diferença e não seja determinada pelo ambiente como na velha relação causal de *imput-output*.

Só assim a decisão jurídico-coletiva poderá tentar algum equilíbrio entre segurança jurídica e legitimidade ou justiça material.

Do contrário, acaba não levando em conta o mundo prático, as vivências fáticas, a complexidade e a contingência da sociedade moderna, mas tão somente uma razão teórica pura, como se o direito devesse ser visto como um objeto a ser analisado segundo critérios emanados de uma lógica formal rígida, sendo produto do próprio sujeito de conhecimento, a partir do conhecido e superado, pelo menos no campo da filosofia, esquema sujeito-objeto.<sup>650</sup>

O que ainda prevalece é uma ideia, portanto, bastante arraigada num individualismo, na suficiência de uma dimensão subjetiva na interpretação jurídica,<sup>651</sup> na ideia kantiana de sujeito epistêmico, por exemplo, na pessoa do juiz, do advogado, do promotor de justiça, do defensor público que, com suas mais variadas liberdades de convicções e independências funcionais, não raras vezes, escanteiam o próprio grupo a pretexto de estarem efetivando a tutela jurídico-coletiva.

Nesta linha de entendimento, a admissão de concessões recíprocas sobre as questões de fundo envolvendo direitos de grupo é um imperativo que se funda,

---

<sup>650</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Decido conforme minha consciência?** Coleção O que é isto? Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 57-70.

<sup>651</sup> De acordo com Rafael Simioni, além da dimensão psíquico-subjetiva, a interpretação jurídica seria influenciada também pela dimensão organizacional-institucional (lógica das organizações profissionais, v.g. Ministério Público, Advocacia Pública, Defensoria Pública etc.), e a dimensão social (dimensão dos sistemas sociais e suas diversas formas de comunicação, não raro contingencialmente incompatíveis entre si). SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Interpretação jurídica e percepção seletiva:** a dimensão organizacional da produção de sentido no direito. Revista Brasileira de Direito, v. 11, n. 1, p. 135-147, jan.-jun. 2015, p. 143-145.

basicamente, no devido processo legal, exatamente o mesmo que escora a representação adequada.

O maior problema não é propriamente aceitar a transação coletiva, que a nosso ver se resolve a partir da adequada compreensão da adequação da representação.

O busílis está em estabelecermos um sistema de referência para que a transação não seja entabulada com escoro no subjetivismo do representante do grupo, em sua liberdade de convicção ou livre convencimento motivado<sup>652</sup> (CPC, art. 373 e 372), em sua independência funcional, como se fosse ele que, apenas agindo através da organização, precisasse do grupo para promoção pessoal ou institucional e não o reverso, significando um puro ato de subjetividade orientado por codificação alheia ao subsistema social do direito, podendo gerar inclusive corrupção de códigos<sup>653</sup> que, ao fim e ao cabo, acabaria caracterizando o representante do grupo como *inadequado*.

Em verdade, a adequação da representação é uma assimetriação do paradoxo *autonomia-dependência do ambiente*, que envolve a decisão jurídico-coletiva e possibilita que a organização judiciária possa observar, por meio de acoplamentos, o sistema de interação (através da sociologia) e outros sistemas sociais (especialmente a ciência<sup>654</sup>), a fim de tomar a decisão delimitando o(s) grupo(s) conforme o(s) interesse(s) do(s) grupo(s), obtendo um mínimo de adequação do sistema ao seu ambiente social.

#### 4.2.1 Tribunal Boca de Grupo no CPC-2015: o IRDR e a Representação (In)Adequada à Brasileira

Muito embora não seja o objeto desta tese a análise do *deficit* coletivo no âmbito das decisões *judiciais* que versam sobre grupos, como deixamos bem-delimitado no início

---

<sup>652</sup> GAJARDONE, Fernando da Fonseca. **O livre convencimento motivado não acabou no novo CPC**. Disponível em: <<http://jota.uol.com.br/o-livre-convencimento-motivado-nao-acabou-no-novo-cpc>>. Acesso em: 24 mar. 2016.

<sup>653</sup> Como assevera Luhmann, “un sistema jurídico expuesto frecuentemente a las intromisiones – y quién negaría que esto sucede a menudo? – opera en el estado de corrupción. [...] El sistema se mantiene simulando legalidad, aunque no renuncia a la normatividad en general. No obstante, mediatiza el código derecho-no derecho anteponiendo una distinción al recurrir a *un valor de rechazo* (Gothard Günther), que permite la subordinación oportunista a las elites capaces de imponerse”. LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Mexico: Editorial Herder, 2005, p. 137-138.

<sup>654</sup> De acordo com Luhmann, a ciência diferencia-se dos outros sistemas funcionais, pois para ela o mais importante não é a diferença direito-não direito, governo-oposição, melhores-piores diplomas no sistema educativo. O marco da ciência é seu próprio código: a diferença verdade-falsidade. LUHMANN, Niklas. **La ciencia de la sociedad**. Mexico: Anthropos, 1996, p. 197.

do trabalho, entendemos por bem abrir este pequeno subitem para mostrar que o CPC-2015, reforçando um movimento processual de crescente atribuição de eficácia normativa à jurisprudência e a pretexto de efetivar princípios processuais e resolver quantitativamente inúmeros processos, veicula instrumento processual que distorce a atuação representacional dos grupos para concentrá-la *no próprio órgão julgador* que passa, doravante, a representar o grupo e ao mesmo tempo adjudicar o interesse do grupo que o próprio tribunal delimitou ao representá-lo.

O CPC-2015 reforça e estimula a prática do problema apontado nesta tese: o “*deficit* qualitativo na fundamentação das decisões judiciais, que não pode ser corrigido pelo simples recrudescimento do efeito vinculante”<sup>655</sup> e que, em termos sistêmicos, revela justamente a *insensibilidade do sistema jurídico em relação ao seu ambiente* ou, melhor dizendo, aos demais sistemas sociais localizados em seu ambiente. Nesse sentido, o código carrega “a crença cartesiana de que a realidade é um dado objetivo, estático, que possa ser ‘presa’ através de fórmulas”.<sup>656</sup> O IRDR é um reflexo exatamente desta ideia.

Ao contrário do que tradicionalmente se verificava nas codificações processuais anteriores, voltadas para a resolução de conflitos *intersubjetivos*, portanto, comunicações jurídico-individuais, o CPC-2015 assume abertamente mecanismos de “estabilização decisória” que acabam, *por via transversa*, incluindo grupos no sistema jurídico, alguns novos (IRDR), outros não (v.g. repercussão geral nos recursos extraordinários, regime dos recursos repetitivos no STJ).

Em tais casos, trata-se de uma comunicação jurídico-coletiva às avessas ou, mais especificamente, camuflada, pois são decididos conflitos intersubjetivos específicos, analisados por amostragem mediante a seleção de demandas que eventualmente “representem a controvérsia”, para estender os efeitos desta decisão *a todos os conflitos* com idêntica “tese jurídica” (CPC, art. 985), como se fosse possível a existência de “questão *unicamente* de direito” (CPC, art. 976, I), ideia fulcrada na dicotomia “questão de direito-questão de fato”, já superada pelas teorias pós-positivistas de matriz hermenêutica<sup>657</sup> e sistêmica.<sup>658</sup>

---

<sup>655</sup> NERY JÚNIOR., Nelson; ABOUD, Georges. **O CPC-2015 e o risco de uma juristocracia**: a correta compreensão da função dos tribunais superiores entre o ativismo abstrato das teses e o julgamento do caso concreto. Revista Brasileira de Direito Processual, Belo Horizonte, ano 24, n. 93, p. 225-254, jan.-mar. 2016.

<sup>656</sup> SIMIONI, Rafael Lazzarotto; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. **Como os juízes decidem?** Proximidades e divergências entre as teorias da decisão de Jürgen Habermas e Niklas Luhmann. Revista Sequência, n. 59, dez. 2009, p. 65.

<sup>657</sup> Nesse sentido, por todos: ABOUD, Georges. **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**. São Paulo: RT, 2011, p. 87-90; ABOUD, Georges. **Discricionariedade administrativa e judicial**: o ato administrativo e a decisão judicial. São Paulo: RT, 2014, p. 79-82.

Nesta linha de pensamento, GEORGES ABOUD e MARCOS DE ARAÚJO CAVALCANTI sustentam que:

O objetivo desse incidente processual é conferir um julgamento *coletivo e abstrato* sobre as *questões unicamente de direito* abordadas nas demandas repetitivas, viabilizando a aplicação vinculada da tese jurídica aos respectivos casos concretos. [...] Trata-se, portanto, de um mecanismo processual coletivo proposto para uniformização e fixação de tese jurídica repetitiva.<sup>659</sup>

Assim, por meio de uma decisão judicial e com a justificativa da fixação de uma “tese jurídica”, decide-se um determinado conflito e, de carona, *diversos grupos tornam-se diretamente vinculados (afetados) à decisão*, ou seja, toma-se a decisão jurídico-coletiva de forma hierárquica, posto que com menosprezo às comunicações coletivas que podem ser observadas no ambiente do sistema jurídico, numa espécie de sobreposição do sistema jurídico em relação aos demais sistemas sociais ou, em uma palavra, tratando de modo estanque o direito e a sociedade, ao invés da necessária *interdependência recíproca*<sup>660</sup> entre esses sistemas (direito da sociedade).

Aliás, para tentar remediar uma dessas situações, fruto de reformas mais preocupadas com a celeridade de julgamentos para equacionar o velho problema do estoque dos processos no escaninhos dos órgãos do Poder Judiciário<sup>661</sup> – gerando uma espécie de “febre eficaz quantitativa”<sup>662</sup> – do que com a qualidade, com legitimidade da decisão,<sup>663</sup> a recente Lei n. 13.256, de 4 de fevereiro de 2016 alterou o novo CPC, ainda em sua *vacatio legis*, para prever que cabe ação rescisória contra decisão transitada em julgado baseada em enunciado de súmula ou acórdão proferido em julgamento de casos

<sup>658</sup> À vista da ideia luhmanniana de direito como *subsistema funcional diferenciado* (e não um conjunto de normas) e seu conceito de norma como *expectativa fática*, ou seja, existindo ou não existindo. LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Mexico: Editorial Herder, 2005, p. 86.

<sup>659</sup> ABOUD, Georges; CAVALCANTI, Marcos de Araújo. **Inconstitucionalidades do incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) e os riscos ao sistema decisório**. Revista de Processo, São Paulo, v. 240, p. 221-241, fev. 2015.

<sup>660</sup> LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p. 15.

<sup>661</sup> Nesse sentido, na opinião de Nelson Nery Júnior, veiculada no jornal Estadão, de 17 dez. 2014, “pensou-se no STF e no STF, mas faltou ouvir o povo”. NERY JR., Nelson. **Pensou-se no STF e no STF**. Mas faltou ouvir o povo. Disponível em: <<http://brasil.estadao.com.br/noticias/geral,analise-pensou-se-no-stf-e-no-stj-mas-faltou-ouvir-o-povo,1608221>>. Acesso em: 2 jul. 2016.

<sup>662</sup> STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. **O precedente judicial e as súmulas vinculantes**. Coleção O que é isto? Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 10.

<sup>663</sup> SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Decisão jurídica e abertura à repercussão geral**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/13323/decisao-juridica-e-abertura-a-repercussao-geral>>. Acesso em: 18 fev. 2016.

repetitivos *que não tenha considerado a existência de distinção entre a questão discutida no processo e o padrão decisório que lhe deu respaldo* (art. 966, §5º).

Para resolver este enorme quantitativo dos processos, o CPC-2015 aposta todas as suas fichas no Poder Judiciário, especificamente nos Tribunais, tentando importar “o sistema do *stare decisis* do *common law*, por meio da tendência desmesurada à hipertrofia das decisões dos tribunais, com sua imposição vinculante aos juízes de hierarquia inferior”.<sup>664</sup>

Há mais de 11 anos atrás, tratando exclusivamente das decisões do STF, FRIEDRICH MÜLLER afirmou que a fundamentação da proposta de súmula vinculante para redução da sobrecarga dos tribunais superiores não seria convincente por haver outros caminhos constitucionalmente insuspeitos (v.g. conversão do STF em tribunal especificamente constitucional e introdução de uma jurisdição de contenciosos administrativos). Nesse sentido, a vinculação da decisão do STF “é inadequadamente autoritária e procura submeter todo o Judiciário definitivamente à direção e controle – indireto – do governo central (por causa da proximidade tradicional do STF ao governo presidencialista e por causa do modo de escolha dos ministros do STF até o momento atual”.<sup>665</sup>

Pois bem. O fato é que por trás deste “padrão decisório” da decisão no IRDR há uma *coletividade* que está sendo negligenciada, ou seja, sendo observada de modo *isolado* pela lente do sistema do direito quando, estando ela própria no sistema de interação, deveria o sistema do direito se abrir às prestações da sociologia com seus métodos empíricos, por exemplo, viabilizando uma decisão jurídica menos autoritária, menos *ilegítima*, expressão esta que tomamos como sinônima de menos *arriscada*, a fim de atenuar o conflito entre decisores e afetados,<sup>666</sup> de acordo com a forma proposta por LUHMANN (risco-perigo) em detrimento da tradicional risco-segurança.

Para ser aplicada de modo vinculante, a jurisprudência necessita, obrigatoriamente, de um cotejo envolvendo a *similaridade fática entre o caso a ser decidido e o padrão decisório do acórdão paradigma*, dispensável na hipótese dos precedentes.<sup>667</sup>

---

<sup>664</sup> ABOUD, Georges; CAVALCANTI, Marcos de Araújo. **Interpretação e aplicação dos provimentos vinculantes do novo código de processo civil a partir do paradigma do pós-positivismo**. Revista de Processo, São Paulo, v. 245, p. 351-377, jul. 2015.

<sup>665</sup> MÜLLER, Friedrich. **Dez propostas para a reforma do judiciário na República Federativa do Brasil**. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, Belo Horizonte, ano 1, n. 3, jan.-dez. 2005.

<sup>666</sup> SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Decisão jurídica e abertura à repercussão geral**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/13323/decisao-juridica-e-abertura-a-repercussao-geral>>. Acesso em: 18 fev. 2016.

<sup>667</sup> STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. **O precedente judicial e as súmulas vinculantes**. Coleção O que é isto? Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 107-111.

Nesse sentido, não tem cabimento admitir esta vinculação judicial quando o padrão decisório do acórdão se escora em uma decisão jurídica que não leva a sério o sistema de interação em que os grupos podem ser empiricamente observados, que ignora que o direito é apenas um sistema parcial num ambiente heterárquico com vários outros sistemas parciais e que compõem o sistema comunicacional omniabarcador que é a sociedade.

Aliás, a dinamicidade do sistema de interação, indispensável para a tomada da decisão jurídico-coletiva, é incompatível com a rigidez e a padronização abstrativista dos provimentos judiciais vinculantes que, resolvendo inúmeros casos “idênticos”, geram um “*deficit* qualitativo na fundamentação das decisões judiciais, que não pode ser corrigido pelo simples recrudescimento do efeito vinculante”.<sup>668</sup>

O que se espera da decisão jurídica numa sociedade funcionalmente diferenciada é exatamente o contrário desse viés da “segurança” ou “certeza” jurídica defendida pelo CPC-2015: mais sensibilidade à dinâmica e à instabilidade própria da sociedade contemporânea.

O novo CPC, especialmente nos incisos III a V do art. 927, institucionalizou duas verdadeiras excrescências: a primeira, que poderíamos chamar de “*tribunal boca de grupo*”, na qual o Poder Judiciário se transmuta em uma organização “híbrida”, passando também a fazer as vezes de organizações *da periferia* do sistema do direito – justamente aquelas que têm atribuição de, traçando os contornos do grupo, atuar em seu benefício, seja no exercício da legitimidade ativa *ad causam* ou em acordos coletivos –, por meio de uma obducta decisão jurídico-coletiva veiculada no “padrão decisório vinculante”; a segunda, o “*juiz boca do tribunal*”, caudatário da “escola do governo dos juízes”, “segundo a qual cabe aos juízes não só elaborar os textos normativos abstratos e de caráter geral (obrigatório), isto é, fazer a lei (súmula vinculante, súmula, orientações, precedentes) como também aplicá-la”.<sup>669</sup>

O “*tribunal boca de grupo*” é a institucionalização, num mesmo órgão, das funções de *delimitar o grupo e selecionar o interesse a ser levado em consideração* (típico de uma organização da periferia do sistema do direito que atua como representante adequado) e de *decidir sobre esta exata delimitação e interesse desse mesmo grupo* (típico da organização central do sistema do direito). Seria parecido como, num paralelo ao processo penal, confluir no Poder Judiciário a função de acusar e julgar.

---

<sup>668</sup> *Ibidem*, p. 116.

<sup>669</sup> NERY JÚNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Novo CPC – Lei 13.105/2015. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 1.836.

Este tipo de camuflagem decisória com doses letais de risco, pois distancia abissalmente os afetados (os grupos) pela decisão dos centros decisórios (organizações), como dito, não fica restrito ao novel IRDR. É nesse sentido, por exemplo, a justificada preocupação de GEORGES ABBOUD quando assevera que “o STF, ao avaliar a existência da repercussão geral, não poderá proferir decisão meramente discricionária”, de sorte que “tendo em vista que a decisão positiva ou negativa do STF sobre repercussão geral constitui paradigma para os demais casos futuros, faz-se necessário que o STF proceda exaustiva motivação antes de concluir sobre a repercussão geral [...]”,<sup>670</sup> sendo “inadmissível deixar essa aferição para critérios subjetivos do julgador ou do STF como um todo”.<sup>671</sup>

De qualquer modo, por mais que se faça uma motivação jurídica exaustiva, parece-nos haver *deficit* coletivo nesses “padrões decisórios”, que, utilizados em comunicações jurídicas para decidir conflitos intersubjetivos, escondem seu verdadeiro intento e acabam se convertendo em comunicação jurídico-coletiva, atingindo grupos *sem que estes sejam empiricamente observados*, numa escandalosa ausência de mínima adequação social da decisão jurídica, verdadeiro solipsismo sistêmico, desde sempre rechaçado pela teoria dos sistemas autopoieticos.

No caso específico do IRDR, por exemplo, GEORGES ABBOUD defende a inconstitucionalidade da decisão desfavorável com efeito vinculante sobre todos os processos repetitivos, haja vista a ausência de qualquer controle acerca da representação adequada, violando o direito ao contraditório de todos os litigantes abrangidos pelo IRDR.<sup>672,673</sup>

Compartilhamos integralmente deste entendimento, mas precisamos esclarecer o porquê, pois entendemos que não é o *controle judicial* da representação adequada que decorre do devido processo legal, mas a *representação adequada*<sup>674</sup> que pode ser

---

<sup>670</sup> ABBOUD, Georges. **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**. São Paulo: RT, 2011, p. 468-470.

<sup>671</sup> ABBOUD, Georges. **Discricionariedade administrativa e judicial**: o ato administrativo e a decisão judicial. São Paulo: RT, 2014, p. 370.

<sup>672</sup> *Ibidem*, p. 395.

<sup>673</sup> No mesmo sentido: CAVALCANTI, Marcos de Araújo. **A falta de controle judicial da adequação da representatividade no incidente de resolução de demandas repetitivas (IDR)**. Revista Pensamento Jurídico, v. 7, n. 1, 2015.

<sup>674</sup> CÂNDIA, Eduardo Franco. **Legitimidade ativa na ação civil pública**. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 283.

*presumida* legalmente, como no caso brasileiro, a partir do rol taxativo dos legitimados ativos.

Todavia, como dissemos no item antecedente, a presunção da adequação da representação no direito brasileiro, a partir do rol taxativo dos legitimados ativos à ação coletiva, tem como necessário contrabalanço exatamente o fato de a coisa julgada se formar *pro et contra* mas *sencundum eventum probationes* (CDC, art. 103), não prejudicando os grupos, haja vista a possibilidade de repositura da ação coletiva com base em prova nova que possa ter o condão de alterar a decisão anterior transitada em julgada, bem como não prejudicando os indivíduos quando a sentença for improcedente, além de permitir a extensão *in utilibus* ao indivíduo quando a sentença for favorável ao grupo (CDC, art. 103, §3º).

Assim, muito embora não exista no direito brasileiro a previsão legal para o controle judicial da representação adequada na tutela coletiva, a própria lei prevê um certo contrapeso para esta situação, que é a coisa julgada *pro et contra* mas *secundum probationem* (e não simplesmente *pro et contra*), com aplicação expressa para os direitos difusos e coletivos e, de acordo com entendimento que defendemos, inclusive no caso dos direitos individuais homogêneos, à vista da inconstitucionalidade do art. 103, III do CDC.<sup>675</sup>

Este contrapeso permite que não haja prejuízo *sequer ao grupo*, pelo menos não de forma definitiva,<sup>676</sup> pois caso surja nova prova que possa eventualmente alterar a decisão judicial anterior desfavorável ao grupo, qualquer um dos legitimados ativos pode ingressar novamente com a *mesma* ação coletiva.

Situação bem diferente ocorre quando se analisa o IRDR. A inconstitucionalidade salta aos olhos, por duas razões.

A primeira tem a ver com a legitimidade outorgada ao próprio Poder Judiciário para *iniciar* o incidente. Esta previsão extrapola as atribuições constitucionais do Poder Judiciário, fazendo-o atuar como verdadeiro representante de grupo (CPC, art. 977, I), delimitando-o de modo inaugural e fazendo as vezes de uma organização da periferia do sistema do direito. Os contornos iniciais da comunicação jurídico-coletiva não podem ficar a cargo da organização central do sistema jurídico, até mesmo pela sua maior distância da

---

<sup>675</sup> CÂNDIA, Eduardo Franco. **Legitimidade ativa na ação civil pública**. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 263-264.

<sup>676</sup> Como observamos, na prática seria como se pudéssemos falar em uma coisa julgada sob condição resolutiva, ou seja, persistiria a coisa julgada coletiva desfavorável ao grupo até a superveniência de uma possível decisão judicial contrária proferida em idêntica ação coletiva reproposta com base em nova prova. CÂNDIA, Eduardo Franco. **Legitimidade ativa na ação civil pública**. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 261.

fronteira do sistema, no caso com o sistema de interação, no qual a comunicação coletiva pode ser observada.

A segunda é a estruturação do instituto em si, de sorte que é irrelevante se quem formula o pedido de instauração do incidente é o Poder Judiciário, o Ministério Público, a Defensoria Pública ou qualquer parte de determinado processo.

Com efeito, a partir do momento em que continua não havendo previsão nos programas condicionais do sistema jurídico para a realização do controle judicial da representação adequada, o art. 985 do CPC simplesmente vincula a tese jurídica do IRDR a *todos* os processos individuais ou coletivos, quer para o bem, quer para o mal. É justamente aqui, nesta vinculação desfavorável que pode atingir os demais processos individuais e coletivos, que reside o problema.

No IRDR, diferentemente do que ocorre nas ações coletivas (CDC, 103), simplesmente não há qualquer contrapeso que pudesse eventualmente justificar a ausência de previsão legal do controle judicial da adequação da representação. Aqui, portanto, o atropelo ao devido processo legal torna-se irretorquível.

A inconstitucionalidade não ocorre em razão da *falta de controle judicial* da representação adequada, haja vista que este controle não é, por si só, qualquer garantia da adequação da representação ou atendimento ao devido processo legal, havendo inclusive quem sustente que a representação adequada não basta para que se atenda ao devido processo legal, devendo ser garantida, ainda, a efetiva comunicação da ação coletiva ao integrante da classe (*notice*), a oportunidade de se excluir da classe (*opt out*), bem como de ser ouvido e participar do litígio, seja pessoalmente, seja por meio de seu advogado (*right to be heard*).<sup>677</sup>

O devido processo legal, como já afirmamos atrás, é suficientemente atendimento pela presunção da adequação da representação a partir do rol taxativo dos legitimados ativos e do contrapeso da coisa julgada *pro et contra* mas *secundum probationem* – como ocorre no modelo brasileiro – e não propriamente pelo seu controle judicial. Aliás, imperiosas são as perguntas: como se decide pela adequação? A representação seria adequada com escoro em quê? Na consciência do julgador que controla a representação ou quem sabe na onisciência do tribunal que controla a adequação da representação já controlada pelo juiz de primeiro grau? Em suma: existe direito fora da sociedade?

---

<sup>677</sup> WOOLLEY, Patrick. **Rethinking the adequacy of adequate representation**. Texas: Law Review, v. 75, 1997, p. 572-577.

De todo o modo, voltando à questão do art. 977, I do CPC, é importante ressaltar que, pelo menos inicialmente, os contornos, a delimitação do grupo não cabe ao Poder Judiciário, sob pena de ofensa à inércia da atividade jurisdicional, que, como regra, só é exercida mediante provocação. Trata-se, portanto, de um defeito *anterior* ao próprio controle judicial da representação adequada, verificável já no *nascidouro* da comunicação jurídico-coletiva.

O Poder Judiciário *não tem* atribuição constitucional ou legal para ser representante de qualquer grupo. Pode, sim, sendo provocado, tomar a decisão jurídica como organização central do sistema do direito e reconhecer juridicamente determinado grupo.

Quando o Poder Judiciário, de maneira inaugural, toma uma decisão jurídico-coletiva, afirmando a existência de grupos, ainda que veladamente e a pretexto de proporcionar isonomia e segurança jurídica (CPC, 976), *faz as vezes daqueles que, pelos programas do sistema do direito, têm a exclusividade de delimitar o grupo, postulando em seu benefício, como seu porta-voz.*

Há uma nítida inversão de papéis, altamente predatória à diferenciação coletivo-individual, verdadeira aquisição evolutiva do sistema do direito.

No âmbito da comunicação jurídico-coletiva, a atuação do Poder Judiciário é sempre um *posterius* em relação à decisão jurídico-coletiva tomada *anteriormente* por uma organização da periferia do sistema do direito ou, em termos processuais, por um dos legitimados ativos à ação coletiva, que propriamente faz a delimitação do grupo.

Permitir que o Poder Judiciário, *sponte propria*, delimite o grupo é o equivalente a autorizá-lo a alterar, *ex officio*, a parte ativa de relação processual intersubjetiva, por exemplo, de ofício tirar o credor “A” e colocar o credor “X” em uma ação de cobrança.

Inverter esta ordem é fazer do tribunal o próprio representante “adequado” do grupo. É nesta linha, portanto, que se afigura inconstitucional o art. 977, inciso I do CPC.

O fato de o IRDR ser instaurado a pedido do Ministério Público, da Defensoria Pública ou de qualquer parte em processo (CPC, art. 977, II e III) não muda esta situação, posto que eventual decisão judicial no IRDR, mesmo fixando a tese jurídica *desfavoravelmente aos grupos*, acarreta a *vinculação de todos os eventuais processos coletivos* com “idêntica questão de direito” e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal, sem qualquer controle da adequação da representação, bastando a omnisciência e omnipresença do súper e intocável representante adequado de qualquer grupo: o tribunal. É o direito mostrando sua pseudo-heterarquia aos demais sistemas sociais.

Assim, o outro problema do IRDR é justamente a vinculação da tese jurídica mesmo que desfavoravelmente ao(s) grupo(s), continuando a “adequação” da representação.

Onde a representação adequada é presumida a partir do próprio rol de legitimados ativos à ação coletiva definido em diversas leis, faz sentido ser menos rigoroso na vinculação do grupo e dos indivíduos à coisa julgada.

Todavia, quando se começa a vincular *desfavoravelmente* terceiros, grupos ou indivíduos à coisa julgada ou a efeitos de decisão judicial proferida em processos alheios, aí não mais se justifica a ficção legal da adequação da representação adequada.

Ao fim e ao cabo, mascara-se um processo coletivo que já não começa por iniciativa da parte (CPC, 2º), mas por iniciativa do tribunal e, para piorar tudo isto, admitido o IRDR pelo relator, ficam suspensos *todos* os processos repetitivos, mesmo aqueles coletivos nos quais tenham sido tomadas verdadeiras e socialmente adequadas decisões jurídico-coletivas (CPC, art. 982, I).

Julgado o incidente, a tese jurídica será aplicada a todos os processos pendentes individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito ou a casos futuros que versem idêntica questão de direito (CPC, 985).

O problema do IRDR, como de todo mecanismo processual infralegal com efeito vinculante, parece ser aquele observado por JOÃO MAURÍCIO ADEODATO quando tratou da jurisdição constitucional brasileira: “o Judiciário nem vê o texto ontologicamente, como um ícone do objeto, e o vincula a uma interpretação pretensamente fixa, como na Exegese francesa da transição do século XVIII para o XIX; nem concretiza por via de um projeto e de procedimentos hermenêuticos específicos”, numa “esdrúxula incompatibilidade estratégica” entre reificação racionalista e casuísmo irracionalista.<sup>678</sup>

A tese jurídica formada através IRDR não apenas vincula os juízes, como prescreve literalmente o CPC, mas acaba aprisionando o grupo, que fica refém de um positivismo jurídico de cunho exegético arraigado em subsunções, de sorte que “os próprios verbetes (sumulares ou não) têm a função de servirem, ao mesmo tempo, de fundamento e de justificação”, ou seja, “as súmulas torna(ra)m-se problemáticas porque [...] a prática

---

<sup>678</sup> ADEODATO, João Maurício. **Jurisdição constitucional à brasileira**: situação e limites. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, Belo Horizonte, ano 1, n. 2, jan.-dez. 2004.

judicial atual, examinada de um ponto de vista metodológico, ainda está sob o domínio do método subsuntivo igual ao utilizado no século XIX”.<sup>679</sup>

Através do IRDR, o CPC-2015 aumenta de modo inconsequente o “risco de agigantamento dos tribunais” e de “engessamento da atividade interpretativa”,<sup>680</sup> torna os tribunais os “super-representantes adequados dos grupos”, o tribunal boca de grupo ou, nas palavras de INGEBORG MAUS, o “superego da sociedade”.<sup>681</sup>

A aposta do novo código é exatamente “que a melhora do sistema judicial nacional se opera mediante a atribuição de maiores poderes aos tribunais e o recrudescimento de efeitos vinculantes às diversas modalidades de decisões desses órgãos julgadores”.<sup>682</sup>

Esta aposta, como já indicou há mais de 15 anos CELSO FERNANDES CAMPILONGO, traz um preço muito alto à sociedade porque transfere ao sistema do direito (especificamente, aos tribunais) critérios operativos da política (amplitude dos vínculos decisórios), expondo, dessa maneira, o sistema jurídico e o sistema político a uma “desdiferenciação” incompatível com a democracia (que tem a tarefa justamente de manter elevadas taxas de contingência e complexidade) e a complexidade moderna.<sup>683</sup>

Portanto, a redução da complexidade promovida pelo IRDR é realizada como via para supressão da diferenciação funcional e eliminação da contingência, carreando os débitos à democracia.

#### 4.3 ISOLAMENTO E INSENSIBILIDADE DO SISTEMA DO DIREITO: *DEFICIT* COLETIVO NA TUTELA COLETIVA PERIFÉRICA

Vejamos quatro situações concretas:

---

<sup>679</sup> STRECK, Lenio Luiz. **O efeito vinculante das súmulas e o mito da efetividade**: uma crítica hermenêutica. Belo Horizonte, Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica (RIHJ), ano 1, n. 3, jan.-dez. 2005.

<sup>680</sup> NERY JÚNIOR., Nelson; ABOUD, Georges. **O CPC-2015 e o risco de uma juristocracia**: a correta compreensão da função dos tribunais superiores entre o ativismo abstrato das teses e o julgamento do caso concreto. Revista Brasileira de Direito Processual, Belo Horizonte, ano 24, n. 93, p. 225-254, jan.-mar. 2016.

<sup>681</sup> MAUS, Ingeborg. **Judiciário como superego da sociedade**: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. Tradução do alemão: Martonio Lima e Paulo Albuquerque. Revista Novos Estudos, CEBRAP, n. 58, nov. 2000, p. 183-202.

<sup>682</sup> ABOUD, Georges; CAVALCANTI, Marcos de Araújo. **Inconstitucionalidades do incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) e os riscos ao sistema decisório**. Revista de Processo, São Paulo, v. 240, p. 221-241, fev. 2015.

<sup>683</sup> CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Governo representativo versus governo dos juízes**: a autopoiese dos sistemas político e jurídico. Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo, v. 30, p. 120-126, jan.-mar. 2000.

- a) André é pecuarista. Procurou o Ministério Público para, de forma amigável, resolver algumas pendências ambientais em seu imóvel rural, especificamente em relação à regularização da área de reserva legal, bem como preservação/recuperação de área de preservação permanente. Houve a celebração de um TAC contendo, basicamente, três cláusulas obrigacionais, sendo uma para regularizar a área de reserva legal, outra para preservar e/ou recuperar a área de preservação permanente e uma cláusula com a seguinte configuração: “A título de indenização ambiental o compromissário deverá doar à [...] Promotoria de Justiça [...] cinquenta litros de óleo diesel a fim de auxiliar os trabalhos de fiscalização da sede regional [...]”;
- b) Thiago foi autuado pela Polícia Militar Ambiental porque caçou um animal silvestre da espécie jacaré, sem a devida permissão, licença ou autorização. Foi chamado à Promotoria de Justiça Ambiental, ocasião em que celebrou um TAC contendo uma única cláusula obrigacional: “O compromissário assume a obrigação de indenizar os danos ambientais [...] através da doação ao Fundo Municipal do Meio Ambiente [...] da quantia de R\$ 500,00 (quinhentos reais) [...]”;
- c) em um determinado inquérito civil, o promotor de justiça ambiental apurou o funcionamento de uma oficina mecânica sem a licença ambiental, bem como que a referida oficina realizava a manutenção dos veículos em logradouro público. Foi entabulado um TAC em que constaram duas obrigações: doação de 14 m<sup>3</sup> de concreto para a construção de uma arena pela prefeitura local, espaço público para realização de eventos, exposição e outros fins, além da apresentação do protocolo do pedido de licença ambiental ou a própria licença para funcionamento da oficina;
- d) determinada empresa estava promovendo publicidade supostamente enganosa. Foi celebrado um TAC. No único considerando fica esclarecido que “os eventuais danos difusos causados com as publicidades são de âmbito nacional, muito embora a maior concentração das vendas se dê na Região Sudeste (55%), Sul (18%), Nordeste (12%), Centro-Oeste (12%) e Norte (3%)”. Em uma das cláusulas do TAC constou que “como indenização do denominado dano moral difuso eventualmente causado à sociedade com as publicidades [...] a compromitente [...] se obriga a doar 27 (vinte e sete) veículos [...] às seguintes entidades filantrópicas [...]: Federação Nacional das Apaes (Apaes Brasil) [...], Apaes São Paulo [...], Apaes de Anápolis (GO) [...], Grupo de Apoio ao

Adolescente e à Criança com câncer (Graac) [...], Associação Beneficente Stella Demarco [...], Associação Recreativa Cultural e Assistencial de Presidente Epitácio (Arcape) [...], Associação de Assistência à Criança Deficiente (AACD)”. Na sequência, ficou acertado que “em razão da abrangência nacional do presente termo de ajustamento de conduta e, tendo em vista o volume de vendas por região [...] as doações serão feitas da seguinte forma: Região Sudeste – 15 (quinze) veículos; Região Sul – 5 (cinco) veículos; Região Nordeste – 3 (três) veículos; Região Centro-Oeste – 3 (três) veículos e Região Norte – 1 (um) veículo”.

São situações corriqueiras e conhecidas na práxis dos acordos celebrados por órgãos públicos (TACs), no caso, por promotorias de justiça com atuação na área do consumidor e do meio ambiente.

Os quatro acordos coletivos mencionados têm duas características em comum: 1) veiculam decisões jurídico-coletivas emanadas por uma organização da periferia do sistema jurídico que incluem no direito determinados grupos, no caso, quantitativos indefiníveis de pessoas (direitos difusos); 2) todavia, no momento em que tais decisões jurídicas, desconsiderando a temática contextualizada e sem se valer das necessárias informações do sistema de interação ou de outros sistemas sociais, preveem o pagamento de quantias ou entrega de bens, a título de indenizações/compensações a danos difusos a entidades que não guardam qualquer conexão com o fato que deu ensejo à celebração do acordo. Verifica-se, portanto, o *deficit* coletivo em tais decisões jurídico-coletivas.

Esse *deficit* coletivo nada mais é do que a demonstração da insensibilidade na atualização do sistema do direito pelas comunicações especializadas (decisões) das organizações da periferia do sistema jurídico.

A decisão jurídico-coletiva, em vez de aproveitar os acoplamentos que são viabilizados pelo acordo e se abrir à complexidade ambiental, observando os demais sistemas sociais, fica refém de um individualismo solipsista, de uma *top-down vision of the legal structure*, no lugar de realizar uma *bottom-up approach*,<sup>684</sup> excessivamente centrado no indivíduo que fala em nome da organização (no caso, do promotor de justiça).

---

<sup>684</sup> Alberto Febbrajo explica que tanto a clássica sociologia do direito (Eugen Ehrlich, Weber, Theodor Gieger) como a moderna sociologia do direito (André-Jean Arnaud, Roger Cotterrell) claramente rejeitam uma visão hierárquica da ordem jurídica e tentam substituir os tradicionais pilares da concepção normativa da ordem jurídica por formas baseadas empiricamente de controle jurídico. FEBBRAJO, Alberto; HARSTE, Gorm (Eds.). **Law and Intersystemic Communication** – Understanding ‘structural coupling’. Ashgate, 2013, p. 53-55.

É muito, comum na periferia do sistema do direito, decisões jurídico-coletivas que fixam quantitativos de indenizações absolutamente desconectadas de um sistema científico qualquer que possa realmente orientar a decisão jurídica nesse sentido, já que o sistema do direito tem seus próprios limites.

Com efeito, “as decisões jurídicas não têm condições cognitivas para observar toda a complexidade do ambiente”, estando “obrigada, como condição de possibilidade, a manter-se dentro da estrutura do sistema jurídico”,<sup>685</sup>

Aliás, certamente com o escopo de tentar evitar este tipo de *deficit* coletivo na decisão jurídico-coletiva muito frequente e fortemente ligado a modelos filosóficos ultrapassados (filosofia do sujeito-consciência), o Ministério Público de São Paulo constituiu um Grupo de Trabalho (GT) com o objetivo de estabelecer critérios e sugerir metodologias de valoração dos danos ambientais mais apropriadas à efetiva defesa do meio ambiente (Ato PGJ n. 36, de 6 de maio de 2011).

No relatório final do referido GT ficou assentado que “o valor correspondente ao ressarcimento ambiental indenizatório deverá frutificar de pronunciamentos técnicos especializados, preferencialmente decorrentes de atuação multi e interdisciplinar, sem prejuízo da concomitante ou sequencial obtenção de parecer econômico ou contábil conclusivo, a serem subscritos por profissionais regularmente habilitados e credenciados, na forma legal”.<sup>686</sup>

As conclusões 22, 23 e 24 são as mais nos interessam de perto:

22 A indenização monetária é forma indireta de reparar a lesão ao meio ambiente e deve ser aplicada somente se não for possível a reparação *in natura* e *in situ* e a compensação (por equivalente e ecológica alternativa).

23 O valor da indenização monetária deve ser obtido através de laudo técnico, preferencialmente decorrente de atuação transdisciplinar, sem prejuízo da concomitante ou sequencial obtenção de parecer econômico ou contábil conclusivo.

24 A indenização monetária deve obrigatoriamente reverter ao Fundo de Interesses Difusos Lesados, nos termos do que estabelece o artigo 13, da Lei 7.347/85.

---

<sup>685</sup> FERREIRA, Fernanda Busanello. **As (im)possibilidades de concessão de patentes de sementes transgênicas: risco e decisão jurídica nas três matrizes jurídicas**. In: ROCHA, Leonel Severo; DUARTE, Francisco Carlos (Coords.). *Direito ambiental e autopoiese*. Juruá: Curitiba, 2012, p. 230.

<sup>686</sup> MINISTÉRIO PÚBLICO DE SÃO PAULO. **Urbanismo e meio ambiente**. Disponível em: <[http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao\\_urbanismo\\_e\\_meio\\_ambiente](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao_urbanismo_e_meio_ambiente)>. Acesso em: 25 mar. 2016.

Tendo em vista que o referido GT não chegou a aprovar métodos de valoração do dano ambiental, a Procuradoria-Geral de Justiça de São Paulo editou o Ato 45, de 27 de setembro de 2012, criando um GT, a fim de propor métodos de valoração de danos ambientais a partir das premissas jurídicas, dos conteúdos, critérios e parâmetros técnicos definidos pelo GT criado pelo Ato n. 36/2011-PGJ (06/05/2011).

O GT foi subdividido da seguinte forma: subgrupo I – petróleo ao mar; subgrupo II – esgoto em curso d'água; subgrupo III – supressão de vegetação; subgrupo IV – retirada de organismo de *habitat*; subgrupo V – mineração; subgrupo VI – áreas contaminadas; subgrupo VII – patrimônio cultural e urbanismo, os quais concluíram apresentando as fórmulas para a quantificação do dano em seus respectivos contextos.<sup>687</sup>

Tudo isto comprova que a decisão jurídico-coletiva tem seus limites, garantindo-lhe autonomia operacional, mas, simultaneamente, tem sua dependência com o ambiente, que possibilita exatamente receber o qualificativo coletivo. Sem esta informação do ambiente o *deficit* coletivo na decisão jurídico-coletiva estará evidenciado.

O *deficit* coletivo propriamente dito ocorre quando a decisão jurídico-coletiva não leva em consideração as informações do sistema de interação. Estas informações, que *não são* acessíveis diretamente pelo sistema do direito, são indispensáveis para a delimitação do grupo e identificação de seu interesse quando se está diante dos chamados direitos coletivos e em situações envolvendo direitos individuais homogêneos, já que o sistema do direito não consegue observar além daquilo que pode observar.

Para isto, o acordo coletivo, como acoplamento intersistêmico, possibilita a tradução das informações desse ambiente do direito para que a decisão jurídica possa ser coletiva, fazendo a diferença.

Por outro lado, poderíamos apontar uma outra ocorrência do *deficit* coletivo nas decisões jurídico-coletivas, que se verifica justamente quando estas não levam em consideração as informações dos demais sistemas sociais – que não o sistema de interação – para a delimitação do grupo e sua vontade. Esta situação pode ser verificada mais facilmente quando o sistema da ciência é negligenciado na tomada de decisão.

Isto ocorre comumente quando se está diante de grupos cujos membros não podem ser numericamente quantificados (direitos difusos) e, justamente por isto, a organização tomadora da decisão jurídica, muitas vezes, acaba atropelando os interesses do grupo (v.g. quando estabelece uma valoração da indenização sem referência a qualquer sistema perito: hipótese dos quatro exemplos que demos), quando não desconfigurando a própria

---

<sup>687</sup> *Idem.*

delimitação do grupo anteriormente realizada (v.g. quando destina valores indenizatórios para entidades alheias ao contexto fático que deu azo ao acordo coletivo: hipótese dos quatro exemplos que demos).

Ressalte-se que, mesmo na hipótese ‘b)’ do exemplo que foi dado, no qual a doação foi destinada ao Fundo Municipal do Meio Ambiente, poderá eventualmente haver desconfiguração da delimitação do grupo em razão de o recurso destinado ao fundo, por decisão do conselho gestor do fundo, ser destinado a um grupo específico, portanto, *diverso* daquele que foi incluído no sistema do direito pela decisão jurídico-coletiva.

Veja-se, por exemplo, o art. 7º do Decreto Federal n. 1.306/94 que regulamenta o Fundo de Defesa de Direitos Difusos e que determina que os recursos serão *prioritariamente* aplicados na reparação específica do dano causado.

A destinação ao famoso Fundo dos Direitos Difusos não garante, por si só, a inexistência do *deficit* coletivo da decisão jurídica, sendo necessário um ulterior acompanhamento da aplicação da verba, o que quase nunca é feito na prática.

Além disso, poderia ser questionado o porquê de a organização destinar ao Fundo o montante da indenização, já que, ao contrário de uma *condenação* em dinheiro, portanto, de uma decisão jurídica emanada da organização central do sistema jurídico (LACP, art. 13), não há nos programas condicionais do sistema do direito qualquer determinação para que a indenização fixada em acordo coletivo seja destinada ao fundo, tornando esta questão um dos grandes portais de acesso para a filosofia da consciência na periferia do sistema do direito, com consequentes *deficit* coletivos na decisão jurídica.

*Deficit* coletivos na decisão jurídico-coletiva revelam a necessidade, cada vez mais acentuada, de se interromper a circularidade autopoietica do sistema do direito através de referência ao ambiente.

De acordo com a afirmação de MARCELO NEVES, “na teoria dos sistemas sociais autopoieticos de LUHMANN, o ambiente não atua perante o sistema nem meramente como ‘condição infraestrutural de possibilidade da constituição dos elementos’, nem apenas como perturbação, ruído, *bruit*; constitui algo mais, ‘o *fundamento* do sistema’”.<sup>688</sup>

Volvemos, aqui, na questão da autonomia do sistema do direito que, como já explicamos no início deste trabalho, não é sinônimo de isolamento, de independência com o ambiente, de sorte que “a autonomia jurídica reside no caráter circular da produção do

---

<sup>688</sup> NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2013, p. 129.

direito, e não numa mera independência causal relativamente ao respetivo meio envolvente”.<sup>689</sup>

Para que a decisão jurídico-coletiva faça a diferença, indicando o lado coletivo da forma, o sistema jurídico precisa se abrir às informações provenientes do ambiente, seja do sistema científico, seja do sistema de interação. Não que isto irá determinar as operações jurídicas, não que o sistema jurídico estará haurindo sua legitimidade do ambiente, mas simplesmente o sistema jurídico, como um dos subsistemas sociais da sociedade, não está isolado e constrói sua realidade a partir da redução da complexidade do ambiente, a partir diferença sistema-ambiente, o que pressupõe justamente ter o ambiente como seu imprescindível “outro lado da forma”.

A necessária adequação social que se espera da decisão jurídico-coletiva, portanto, nada tem a ver com determinismos ambientais sobre o sistema jurídico, o que, aliás, iria frontalmente de encontro com a ideia de autonomia do sistema e com a noção de sistema simultaneamente aberto e fechado. Os sistemas sociais se interagem sem hierarquias ou causalidades.

Chama-se atenção apenas ao fato de que a decisão não pode simplesmente fazer vista grossa à informação ambiental, pois é justamente ela que pode produzir variações, ocasionando excesso de possibilidades, ou seja, aumentando a complexidade interna do sistema jurídico e, conseqüentemente, exigindo novas seleções (procedimentos decisórios) que reduzem a complexidade, distinguindo as expectativas normativas que serão generalizadas daquelas que serão rejeitadas e, portanto, confirmando a diferença sistema-ambiente.

O *deficit* coletivo, nesta perspectiva, só pode ser considerado a partir do interior do próprio sistema jurídico.

De acordo com LUHMANN, “el sistema alcanza la libertad de ‘cambio de dirección’ (de un traslado del centro gravitacional) de la autorreferencia en dirección de la heterorreferencia, mediante la internalización de precisamente esa diferencia: autorreferencia-heterorreferencia”.<sup>690</sup>

Assim, não se desconsidera o ambiente, como se o sistema jurídico fosse uma ilha autossuficiente na construção da decisão jurídico-coletiva, como se não houvesse outros subsistemas com igual importância social e como se todos esses subsistemas não pudessem

---

<sup>689</sup> TEUBNER, Günther. **O direito como sistema autopoietico**. Trad. José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 73.

<sup>690</sup> LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Mexico: Editorial Herder, 2005, p. 148.

dialogar entre si. Do contrário, inexistiria sistema do direito, que depende de seu ambiente para que possa reduzir a complexidade externa e construir sua realidade sistêmica. Sistema e ambiente existem sempre simultaneamente.

A alterabilidade do direito, portanto, fica reforçada pelo fechamento operacional que não é indiferente ao ambiente. Todavia, conforme precisa lição de MARCELO NEVES, “a vigência jurídica das expectativas normativas não é determinada imediatamente por interesses econômicos, critérios políticos, representações éticas, nem mesmo por proposições científicas, pois depende de processos seletivos de filtragem conceitual no interior do sistema jurídico”.

A capacidade de aprendizagem do sistema do direito, ou seja, a ideia de abertura cognitiva, depende de sua *sensibilidade ao seu ambiente*, permitindo que o sistema possa se reciclar, mas sempre a partir de seus critérios de filtragem internos.

Nesse sentido, conforme sustenta GUILHERME LEITE GONÇALVES, “as modificações sistêmicas não correspondem, automaticamente (ponto a ponto), às mudanças ambientais, mas são definidas pelo próprio sistema: ao escolher seu ‘adaptar’, o sistema determina seu ‘transformar’”.<sup>691</sup>

O *deficit* coletivo na decisão jurídico-coletiva, assim como o fechamento cognitivo do sistema do direito, proporcionaria “um paradoxo insuperável da autopoiese”,<sup>692</sup> pois não permitiria a interrupção da circularidade autopoietica através da referência ao ambiente.

As organizações da periferia do sistema jurídico, especialmente aquelas que estão habilitadas pelos programas do direito a celebrarem acordos coletivos veiculando conteudisticamente decisões jurídico-coletivas, não podem dispensar o que podemos chamar de “inteligência grupal”, diretamente inspirado naquilo que ANDRÉ-JEAN ARNAUD chamou de *policy intelligence*, ou seja, “the art of collecting information and knowing how to choose what is satisfactory in the elaboration and reorientation of policies, especially public policies”.<sup>693</sup>

O termo relaciona-se com a “capacity of an organization to collect, to interpret and to apply crucial information to ensure the full success of a decision. In summary: to make

---

<sup>691</sup> GONÇALVES, Guilherme Leite. **Direito entre certeza e incerteza**: horizontes críticos para a teoria dos sistemas. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 85.

<sup>692</sup> NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2013, p. 138.

<sup>693</sup> ARNAUD, André-Jean. **The transplanetary journey of a legal sociologist**. In: FEBBRAJO, Alberto; HARSTE, Gorm (Eds.). *Law and Intersystemic Communication – Understanding ‘structural coupling’*. Ashgate, 2013, p. 27.

it possible to reach more satisfactory decision-making solutions according to the initial project carried out by the organization which makes this decision”.<sup>694</sup>

Estas informações são obtidas justamente através de pesquisas sociológicas que devem ser apresentadas às organizações tomadoras das decisões. Espera-se, pois, que a sociologia ofereça ao sistema do direito informações para uma decisão jurídica satisfatória.<sup>695</sup>

De acordo com ARNAUD, “the decision-maker needs specialists, experts, consultants, and cannot choose them obnly according to his wishes or inclinations; he is frequently unaware of work done by researchers to whom he is not sufficiently connected to take them into account”.

A tese de ANDRÉ-JEAN ARNAUD vai ao encontro de exigir da decisão jurídico-coletiva acoplamentos intersistêmicos para que possa estar mais adequada ao ambiente social, possibilitando que a organização competente se valha da “inteligência grupal” ou da *policy intelligence* das sociologias no momento da tomada da decisão jurídico-coletiva veiculada, sobretudo nos acordos coletivos, cujo TAC é a espécie mais conhecida.

A decisão jurídico-coletiva observável no acoplamento intersistêmico do acordo coletivo só pode ser realizada à base de “tranquilizantes”, tomando o termo emprestado de CELSO FERNANDES CAMPILONGO ao se referir aos sistemas de funções. Com efeito, “especialistas, técnicos, acadêmicos e outros detentores de modelos teóricos que descrevem ou prescrevem o funcionamento dos sistemas sempre são convocados para tranquilizar a sociedade”.<sup>696</sup>

Portanto, para a tomada da decisão jurídico-coletiva, torna-se imprescindível os tranquilizantes advindos do sistema científico, informando o sistema jurídico com sua *policy intelligence*, evitando, assim, o *deficit* coletivo que, ao fim e ao cabo, desdiferencia a forma coletivo-individual, que, acentuadamente desde o final do século XX, adere à forma primária do sistema jurídico: direito-não direito.

Apenas desta maneira, segundo pensamos, a decisão jurídico-coletiva poderá “espelhar a complexidade sistêmica e refletir a sua abertura cognitiva, de forma a manter a

---

<sup>694</sup> *Ibidem*, p. 27.

<sup>695</sup> ARNAUD, André-Jean. **The transplanetary journey of a legal sociologist**. In: FEBBRAJO, Alberto; HARSTE, Gorm (Eds.). *Law and Intersystemic Communication – Understanding ‘structural coupling’*. Ashgate, 2013, p. 29.

<sup>696</sup> CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Interpretação do direito e movimentos sociais**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 37.

integridade do sistema (heterorreferência) e o seu fechamento operacional, sem que seus elementos se dissociem do sistema macro, que é o sistema social (autorreferência)”.<sup>697</sup>

Aliás, nessa linha de entendimento, é muito interessante o texto do art. 127, *caput*, da CF-88 quando atribui ao Ministério Público a defesa dos *interesses sociais*. Quando se interpreta a expressão tendo como pano de fundo a teoria dos sistemas é possível concluir, com relativa facilidade, a necessidade que o sistema jurídico tem em observar *a sociedade*, com todos os seus sistemas parciais, bem como o sistema de interação, que, como vimos, também tem a *comunicação* como elemento-base de sua autopoiese.

Só assim, em nossa modesta observação, poderá o sistema organizacional da periferia acoplado ao sistema jurídico – mantendo sua identidade sem deixar-se colonizar por lógicas alheias à interpretação e argumentação jurídica – produzir decisões jurídico-coletivas menos arriscadas, mais consistentes e minimamente adequadas ao ambiente social, ou seja, *mais comprometidas com a sociedade*, evitando ou, pelo menos, mitigando possíveis *deficit* coletivos que, ao fim e ao cabo, desdiferenciam o próprio sistema jurídico com eventuais sobreposições de códigos de outros sistemas à codificação binária do direito, bloqueando a evolução do direito ao não aproveitar todas as potencialidades intersistêmicas que o acordo coletivo, como verdadeira aquisição evolutiva da sociedade, pode oferecer.

---

<sup>697</sup> DUARTE, Francisco Carlos; CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; BAGGENSTOSS, Grazielly Alessandra. **A coerência do sistema jurídico em Luhmann com vistas ao fortalecimento do direito do meio ambiente**: uma proposta ao fechamento operacional e à abertura cognitiva da decisão judicial. *In*: Direito ambiental e autopoiese. ROCHA, Leonel Severo; DUARTE, Francisco Carlos (Coords.). Curitiba: Juruá, 2012, p. 259.

## REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. São Paulo: RT, 2016.

\_\_\_\_\_. **Onde a discricionariedade começa, o direito termina**: comentário ao voto proferido por Alexandre Freitas Câmara sobre penhora *on-line*. Revista de Processo, v. 251, p. 161-173, jan. 2016.

\_\_\_\_\_. **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**. São Paulo: RT, 2011.

\_\_\_\_\_. **Discricionariedade administrativa e judicial**: o ato administrativo e a decisão judicial. São Paulo: RT, 2014.

\_\_\_\_\_. **O mito da supremacia do interesse público sobre o privado**: a dimensão constitucional dos direitos fundamentais e os requisitos para se autorizar restrição a direitos fundamentais. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 907, p. 61, mai. 2011.

ABBOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Introdução à teoria e à filosofia do direito**. São Paulo: RT, 2013.

ABBOUD, Georges; CAVALCANTI, Marcos de Araújo. **Inconstitucionalidades do incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) e os riscos ao sistema decisório**. Revista de Processo, São Paulo, v. 240, p. 221-241, fev. 2015.

\_\_\_\_\_. **Interpretação e aplicação dos provimentos vinculantes do novo código de processo civil a partir do paradigma do pós-positivismo**. Revista de Processo, São Paulo, v. 245, p. 351-377, jul. 2015.

ABBOUD, Georges; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **A gênese do controle difuso de constitucionalidade**: cidadania e democracia na conformação das atribuições do Judiciário no marco de um Estado de Direito. Revista de Processo, São Paulo, v. 229, 2014.

ABBOUD, Georges; NERY JÚNIOR, Nelson. **Pontes de Miranda e o processo civil**: a importância do conceito de pretensão para compreensão dos institutos fundamentais do processo civil. Revista de Processo, v. 231, 2014.

ADEODATO, João Maurício. **Jurisdição constitucional à brasileira**: situação e limites. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, Belo Horizonte, ano 1, n. 2, jan.-dez. 2004.

AKAOUI, Fernando Reverendo Vidal. **Compromisso de ajustamento de conduta ambiental**. São Paulo: RT, 2015.

ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Conflitos interpessoais, constituição do sujeito de direito e promoção dos direitos humanos**. Edição do autor.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito material coletivo**: superação da *summa divisio* direito público e direito privado por uma nova *summa divisio* constitucionalizada. Belo Horizonte: DelRey, 2008.

\_\_\_\_\_. **Direito processual coletivo brasileiro**: um novo ramo do direito processual. São Paulo: Saraiva, 2003.

\_\_\_\_\_. **Manual das ações constitucionais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

ALCÂNTARA, Anelise Montañes; VESCE, Gabriela Eyng Possolli. **As representações sociais no discurso do sujeito coletivo no âmbito da pesquisa qualitativa**. Disponível em: <[http://www.pucpr.br/eventos/educere/educere2008/anais/pdf/724\\_599.pdf](http://www.pucpr.br/eventos/educere/educere2008/anais/pdf/724_599.pdf)>. Acesso em: 01 jul. 2016.

ANDRADE, Sônia Maria Oliveira de; MAMEDE, Marli Villela; DUARTE, Sebastião Júnior Henrique. **Opções teórico-metodológicas em pesquisas qualitativas: representações sociais e discurso do sujeito coletivo**. Revista Saúde e Sociedade, São Paulo, v. 18, n. 4, p. 620-626, 2009.

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Curso de direito ambiental**. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

ARNAUD, André-Jean. **The transplanetary journey of a legal sociologist**. In: FEBBRAJO, Alberto; HARSTE, Gorm (Eds.). *Law and Intersystemic Communication – Understanding ‘structural coupling’*. Ashgate, 2013.

ARNAUD, André-Jean Arnaud; JUNQUEIRA, Eliane Botelho Junqueira. **Dicionário da Globalização**. Direito. Ciência Política. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

ARNAUD, André-Jean. **Dicionário enciclopédico de teoria e de sociologia do direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

ARNOLD, Marcelo. **Imágenes de la complejidad: la organización de las organizaciones**. In: CADENAS, Hugo; ARNOLD, Marcelo; URQUIZA, Anahí (Eds.). *La organización de las organizaciones: aplicaciones desde perspectivas sistémicas*. Santiago: RiL editores, 2014.

ARRUDA ALVIM, José Manoel de *et al.* **Código do consumidor comentado e legislação correlata**. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 1, 2. ed., 1991.

ARRUDA ALVIM, Eduardo; DANTAS, André Ribeiro. **Direito processual arbitral: natureza processual da relação jurídica arbitral e incidência do direito constitucional processual**. Revista de Processo, v. 234, p. 365-388, ago. 2014.

ASBHY, W. Ross. **An introduction to cybernetics**. London: Chapman & Hall Ltd, 1957.

ASSIS, Wendell Ficher Teixeira. **“Invisibilizar” populações e legitimar iniquidades: a apropriação do discurso do desenvolvimento sustentável na publicidade do setor elétrico**. In: ZHOURI, Andréa (Org.). *As tensões do lugar: hidrelétricas, sujeitos e licenciamento ambiental*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2011.

BAHIA, Alexandre Melo Franco; GOMES, Renata Nascimento. **Apontamentos sobre o interesse público e sua aplicação da fundamentação das decisões judiciais – Da (in)adequação da supremacia absoluta do interesse público no constitucionalismo pós-88**. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, Belo Horizonte, ano 11, n. 13, jan.-jul. 2013.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Como os juízes decidem?** Proximidades e divergências entre as teorias da decisão de Jürgen Habermas e Niklas Luhmann. *Revista Sequência*, n. 59, p. 61-88, dez. 2009.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **A proteção jurídica dos interesses coletivos.** *In:* Temas de direito processual (Terceira Série). São Paulo: Saraiva, 1984.

BARRETO, Ricardo Menna; ROCHA, Leonel Severo. **Confiança nos contratos eletrônicos:** uma observação sistêmica. *Revista Jurídica Cesumar*, v. 7, n. 2, p. 409-425, jul.-dez. 2007.

BASSETT, Debra Lyn. **Constructing class action reality.** *BYU: Law Review*, 2006.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida.** Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

BEATO F.; Cláudio C. **Etnometodologia:** o senso comum em cena. *Teoria e Sociedade*, Belo Horizonte, v. 2, n. 1, p. 177-213, 1997.

BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria geral do direito tributário.** São Paulo: Lejus, 1998.

BENSON, Douglas; HUGHES, John A. **The perspective of ethnomethodology.** New York: Longman, 1983.

BESSA, Leonardo Roscoe. **Aplicação do Código de Defesa do Consumidor:** análise crítica da relação de consumo. Brasília: Brasília Jurídica, 2007.

BONE, Robert. **Rethinking the “day in court” ideal and nonparty preclusion.** *N.Y.U. Law Review*, v. 67, 1992.

SPENCER-BROWN, George. **Laws of form.** New York: Dutton, 1979.

BUENO, Cássio Scarpinella. **As class actions norte-americanas e as ações coletivas brasileiras:** pontos para uma reflexão conjunta. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 21, n. 82, p. 92-151, abr.-jun. 1996.

BUTLER, Crly W.; FITZGERALD, Richard; GARDNER, Rod. **Branching out:** ethnomethodological approaches to communication. *Australian Journal of Communication*, v. 36, n. 3, 2009.

CALERA, Nicolás López. **Sobre los derechos colectivos.** *In:* ROIG, Francisco Javier Ansuategui (Ed.). *Una discusión sobre derechos colectivos.* Madrid: Dykinson, 2001.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico e decisão judicial.** São Paulo: Saraiva, 2011.

\_\_\_\_\_. **Interpretação do direito e movimentos sociais.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

\_\_\_\_\_. **Posfácio sobre a contingência.** *In:* GONÇALVES, Guilherme Leite. *Direito entre certeza e incerteza. Horizontes críticos para a teoria dos sistemas.* São Paulo: Saraiva, 2013.

\_\_\_\_\_. **Governo representativo versus governo dos juízes: a autopoiese dos sistemas político e jurídico.** Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo, v. 30, p. 120-126, jan.-mar. 2000.

CÂNDIA, Eduardo Franco. **Legitimidade ativa na ação civil pública.** Salvador: Juspodivm, 2013.

\_\_\_\_\_. **As antinomias jurídicas na temática da legitimidade coletiva ativa.** Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 100, n. 911, p. 73-104, set. 2011.

\_\_\_\_\_. **A falta da lei orçamentária anual na perspectiva dos direitos de grupo: alguns possíveis mecanismos de solução da anomia.** Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 103, n. 944, p. 133-158, jun. 2014.

CAPPELLETTI, Mauro. **The judicial process in comparative perspective.** Oxford, NY: Clarendon Press, 1989.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. **Da tutela preventiva dos direitos difusos pelo Ministério Público.** Revista Justitia, São Paulo, v. 47, n. 131, p. 279-289, São Paulo, set. 1985.

CARVALHO, André de Castro; LOCHAGIN, Gabriel Loretto; SILVEIRA, Francisco Secaf A. In: OLIVEIRA, Regis Fernandes de; HORVATH, Estevão; SCAFF, Fernando Facury; CONTI, José Maurício (Coords.). **Lições de direito financeiro.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Ação civil pública.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CAVALCANTI, Marcos de Araújo. **A falta de controle judicial da adequação da representatividade no incidente de resolução de demandas repetitivas (IDR).** Revista Pensamento Jurídico, v. 7, n. 1, 2015.

CHARAUDEAU, Patrick; MAINGUENAU, Dominique. **Dicionário de análise do discurso.** São Paulo: Contexto, 2008.

CHRISTIE, Edward. **Finding solutions for environmental conflicts – Power and negotiation.** Edward Elgar, 2008.

CONTI, José Maurício. **Orçamento não pode mais ser uma peça de ficção.** Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jun-02/contas-vista-orcamento-nao-peca-ficcao>>. Acesso em: 15 mar. 2016.

\_\_\_\_\_. **Crise econômica pode criar “orçamento recurso-zero”.** Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-mar-08/contas-vista-crise-economica-criar-orcamento-recurso-zero>>. Acesso em: 2 jul. 2016.

CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Claudio. **Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann.** Tradução de Miguel Romero Perez e Carlos Villalobos, sob a direção de Javier Torres Nafarrate. Editorial Anthropos, 1996.

COSTA, Susana Henriques da. **A representatividade adequada e o litisconsórcio** – O Projeto de Lei n. 5.139/2009. *In*: GOZZOLI, Maria Clara; CIANCI, Mirna; CALMON, Petrônio; QUARTIERI, Rita (Coords.). Em defesa de um novo sistema de processos coletivos: estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: Saraiva, 2010.

COSTA, Alexandre Bernardino; SOUSA JUNIOR, José Geraldo de. **O direito achado na rua: uma ideia em movimento**. *In*: COSTA, Alexandre Bernardino; SOUSA JUNIOR, José Geraldo de; DELDUQUE, Maria Célia *et al.* (Orgs.). O direito achado na rua: introdução crítica ao direito à saúde. v. 4. Brasília: CEAD/UnB, 2009.

COULON, Alain. **Etnometodologia**. Petrópolis: Vozes, 1995.

DAM, Kenneth. **Class action notice: who needs it?** Supreme Court Review, v. 97, 1974.

DANA, David A. **Adequacy of representation in time (or why the result in Stephenson is correct)**. Northwestern University School of Law, 2004.

\_\_\_\_\_. **Using the veil of ignorance to ensure distributive justice in class actions: a Rawlsian approach to “adequacy of representation” after Stephenson**. Northwestern: Public Law Research Paper, Chicago, IL, n. 5-3, feb. 2005.

DE GIORGI, Raffaele. **Redes de la inclusión**. *In*: SABIDO, Fernando Castañeda; VÁSQUEZ, Angelica Cuéllar (Coords.). Redes de Inclusión – La construcción social de la autoridad. Ciudad del Mexico: M.A. Porrúa, 1998.

DE GIORGI, Raffaella; LUHMANN, Niklas. **Teoria della società**. Milano: Franco Angeli, 2000.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de direito processual civil: processo coletivo**. Salvador: Podivm, 2007.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. v. 1. São Paulo: Malheiros, 2001.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. São Paulo: Saraiva, 2005.

DUARTE, Francisco Carlos; CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; BAGGENSTOSS, Grazielly Alessandra. **A coerência do sistema jurídico em Luhmann com vistas ao fortalecimento do direito do meio ambiente: uma proposta ao fechamento operacional e à abertura cognitiva da decisão judicial**. *In*: Direito ambiental e autopoiese. ROCHA, Leonel Severo; DUARTE, Francisco Carlos (Coords.). Curitiba: Juruá, 2012.

DUARTE, Sebastião Júnior Henrique; MAMEDE, Marli Villela; ANDRADE, Sônia Maria Oliveira de. **Opções teórico-metodológicas em pesquisas qualitativas: representações sociais e discurso do sujeito coletivo**. Revista Saúde e Sociedade, São Paulo, v. 18, n. 4, p. 620-626, 2009.

ESCRIVÃO FILHO, Antonio; CARNEIRO, Fredson Oliveira; MARTINS, Karoline Ferreira *et al.* **O direito achado na rua: concepção e prática** – No percurso de Roberto Lyra Filho. *In*: SOUZA JÚNIOR, José Geraldo de (Coord.). O direito achado na rua: concepção e prática. Coleção Direito vivo, v. 2. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

EHRlich, Eugen. **O estudo do direito vivo**. In: SOUTO, Cláudio; FALCÃO, Joaquim (Orgs.). *Sociologia & Direito. Textos básicos para a disciplina de sociologia jurídica*. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2001.

ESTEVES, João Pissarra. Uma apresentação. In: LUHMANN, Niklas. **A improbabilidade da comunicação**. Lisboa: Vega, 2006.

FEBBRAJO, Alberto. **Introduction**. In: FEBBRAJO, Alberto; HARSTE, Gorm (Eds.). *Law and intersystemic communication. Understanding 'structural coupling'*. England: Ashgate, 2013.

FEBBRAJO, Alberto; HARSTE, Gorm (Eds.). **Law and Intersystemic Communication – Understanding 'structural coupling'**. Ashgate, 2013.

FERNANDES, Rodrigo. **Compromisso de ajustamento de conduta ambiental**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

FERRARESI, Eurico. **Ação popular, ação civil pública e mandado de segurança coletivo**: Instrumentos processuais coletivos. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. São Paulo: Atlas, 2003.

\_\_\_\_\_. **Teoria da norma jurídica**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

FERREIRA, Fernanda Busanello. **As (im)possibilidades de concessão de patentes de sementes transgênicas: risco e decisão jurídica nas três matrizes jurídicas**. In: ROCHA, Leonel Severo; DUARTE, Francisco Carlos (Coords.). *Direito ambiental e autopoiese*. Juruá: Curitiba, 2012.

\_\_\_\_\_. **Teoria geral do direito – Sistema jurídico e teoria geral dos sistemas**. Curso de extensão universitária em direito. São Paulo, mar.-jun. 1973.

FISS, Owen. **The allure of individualism**. *Iowa: Law Review*, v. 78, 1993.

FOLHA DE S. PAULO. **Ações na Justiça disparam e elevam despesas públicas**. Matéria veiculada no dia 6 de junho de 2016. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2016/06/1778365-aco-es-na-justica-disparam-e-elevam-despesas-publicas.shtml>>. Acesso em: 12 jul. 2016.

FONSENCA, Bruno Gomes Borges da. **Compromisso de ajustamento de conduta**. São Paulo: LTR, 2013.

FORST, Rainer. **Contextos da justiça**: filosofia política para além de liberalismo e comunitarismo. São Paulo: Boitempo, 2010.

FRANCIS, David; HESTER, Stephen. **An invitation to ethnomethodology**: language, society and interaction. London: SAGE Publications, 2006.

FUMERTON, Richard. **Epistemologia**. Petrópolis: Vozes, 2014.

GAJARDONE, Fernando da Fonseca. **O livre convencimento motivado não acabou no novo CPC**. Disponível em: <<http://jota.uol.com.br/o-livre-convencimento-motivado-nao-acabou-no-novo-cpc>>. Acesso em: 24 mar. 2016.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Coisa julgada: novos enfoques**. São Paulo: Método, 2007.

GARCÍA, Jesús Ignacio Martínez. *In*: LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Mexico: Editorial Herder, 2005.

GARFINKEL, Harold. **Studies in Ethnomethodology**. Cambridge: Polity Press, 1996.

GAVRONSKI, Alexandre Amaral. **Técnicas extraprocessuais de tutela coletiva: a efetividade da tutela coletiva fora do processo judicial**. São Paulo: RT, 2011.

GIDI, Antonio. **A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada**. São Paulo: RT, 2007.

\_\_\_\_\_. **A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta**. Revista de Processo, São Paulo, v. 27, n. 108, out.-dez. 2002.

\_\_\_\_\_. **Coisa julgada e litispendência em ações coletivas**. São Paulo: Saraiva, 1995.

\_\_\_\_\_. **Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo: a codificação das ações coletivas no Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GOFFMAN, Erving. A situação negligenciada. *In*: **Sociolinguística interacional**. RIBEIRO, Branca Telles; GARCEZ, Pedro M. (Orgs.). São Paulo: Edições Loyola, 2013.

GOMES, Renata Nascimento; SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **O princípio ambiental da informação na forma de complexidade: confiança e risco**. Revista de Direito Ambiental v. 80, p. 59-75, dez. 2015.

GOMES JR., Luiz Manoel. **Curso de direito processual civil coletivo**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

GOMES JÚNIOR, Luiz Manuel Gomes; FAVRETO, Rogério. **A nova lei da ação civil pública e do sistema único de ações coletivas brasileiras – Projeto de Lei n. 5.139/2009**. Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor, Porto Alegre, ano v, n. 27, 2005.

GONÇALVES, Guilherme Leite. **Direito entre certeza e incerteza: horizontes críticos para a teoria dos sistemas**. São Paulo: Saraiva, 2013.

\_\_\_\_\_. **Função interpretativa, alopoiese do direito e hermenêutica da cordialidade**. Rio de Janeiro. Revista Direito e Práxis, v. 1, n. 1, 2010, p. 16-31.

GONÇALVES, Guilherme Leite; BACHUR, João Paulo. **O direito na sociologia de Niklas Luhmann**. *In*: SILVA, Felipe Gonçalves; RODRIGUEZ, José Rodrigo (Coords.). Manual de sociologia jurídica. São Paulo: Saraiva, 2013.

GONÇALVES, Guilherme Leite; VILLAS-BÔAS FILHO, Orlando. **Teoria dos sistemas sociais: direito e sociedade na obra de Niklas Luhmann**. São Paulo: Saraiva, 2013.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Direito processual coletivo**. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; BENJAMIN, Antonio Herma *et al.* (Orgs.). *Processo coletivo: do surgimento à atualidade*. São Paulo: RT, 2014, p. 395-401.

\_\_\_\_\_. **A ação civil pública refém do autoritarismo**. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; BENJAMIN, Antonio Herma *et al.* (Orgs.). *Processo coletivo: do surgimento à atualidade*. São Paulo: RT, 2014, p. 403-413.

HAGUETTE, Teresa Maria Frota. **Metodologias qualitativas na sociologia**. Petrópolis: Editora Vozes, 2013.

HESTER, Stephen; FRANCIS, David. **An invitation to ethnomethodology: language, society and interaction**. London: SAGE Publications, 2006.

HOFFMAN, Lonny S. **Intersections of state and federal power: state judges, federal law, and the “reliance principle”**. Tul: Law Review, v. 81, 2007.

HONNETH, Axel. **The I in we: studies in the theory of recognition**. Polity Press, 2014.

\_\_\_\_\_. **Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais**. São Paulo: Editora 34, 2003.

HOUSLEY, W.; FITZGERALD, Richard. **The reconsidered model of membership categorisation analysis**. *Qualitative Reserach*, v. 2, n. 1, p. 59-83.

ISSACHAROFF, Samuel; NAGAREDA, Richard A. **Class settlements under attack**. U. Pa: Law Review, v. 156, 2008.

ISSACHAROFF, Samuel. **Governance and legitimacy in the law os class actions**. 1999 Sup. Ct. Review.

KAHAN, Marcel; SILBERMAN, Linda. **Matsushita and Beyond: the role of state courts in class actions involving exclusive federal claims**. *Supreme Court Review*, 1996.

KAHAN, Marcel; SILBERMAN, Linda. **The inadequate search for “adequacy” in class actions: a critique of Epstein v. MCA, Inc**. NY: Law Review, v. 73, 1998.

\_\_\_\_\_. **The proper role for collateral attack in class actions: a reply to Allen, Miller and Morrison**. 73 N.Y.U. Law Review, 1193, 1203 (1998).

KNORR-CETINA, Karin D. The micro-sociological challenge of macro-sociology: towards a reconstruction of social theory and methodology. In: KNORR-CETINA, K.; CICOUREL, A. V. **Advances in social theory and methodology: toward an integration of micro and macro-sociologies**. London & New York: Routledge, 2015.

KOGUT, Bruce. **The small worlds of corporate governance**. Cambridge: The MIT Press, 2012.

KONIAK, Susan P. **How like a winter?** The plight of absent class members denied adequate representation. *Notre Dame: Law Review*, v. 79, 2004.

LANAS, Cristina Corredor. **Filosofía del lenguaje:** una aproximación a las teorías del significado del siglo XX. Madrid: Visor, 1999.

LAPASSADE, Georges. **As microssociologias.** Tradução: Lucie Didio. Brasília: Liber Livro Editora, 2005.

LAYCOCK, Douglas. **Due process of law in trilateral disputes.** *Iowa: Law Review*, 1993, v. 78.

LAZZARINI, Sérgio G. **Capitalismo de laços.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

LEAL, Márcio Flávio Mafra. **Ações coletivas:** história, teoria e prática. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1998.

LEFÈVRE, Fernando; LEFÈVRE, Ana Maria. **Pesquisa de representação social:** um enfoque qualiquantitativo. Brasília: Liber Livro, 2012.

\_\_\_\_\_. **Depoimentos e discursos:** uma proposta de análise em pesquisa social. Brasília: Liber Livro, 2005.

\_\_\_\_\_. Os novos instrumentos no contexto da pesquisa qualitativa. *In:* LEFÈVRE, Fernando; LEFÈVRE, Ana Maria Cavalcanti; TEIXEIRA, Jorge Juarez Vieira (Orgs.). **O discurso do sujeito coletivo:** uma nova abordagem metodológica em pesquisa qualitativa. Caxias do Sul: EDUCS, 2000.

\_\_\_\_\_. **O sujeito coletivo que fala.** *Revista Interface – Comunicação, Saúde, Educação*, v. 10, n. 20, p. 517-24, jul.-dez. 2006.

LEFÈVRE, Fernando; LEFÈVRE, Ana Maria Cavalcanti; MARQUES, Maria Cristina da Costa. **Discurso do sujeito coletivo, complexidade e auto-organização.** *Revista Ciência & Saúde Coletiva*, v. 14, n. 4, p. 1.193-1.204, 2009.

LEITER, Kenneth. **A primer on ethnomethodology.** New York: Oxford University Press, 1980.

LÉVY, Pierre. **Cibercultura.** São Paulo: Editora 34, 1999.

LILLY, Graham C. **Modeling class actions:** the representative suit as an analytical tool. *Neb: Law Review*, v. 81, 2003.

LIMA, Bernardo Lima. **A arbitrabilidade do dano ambiental.** São Paulo: Atlas, 2010.

LIMA, Fernando Rister Sousa. **Constituição Federal:** acoplamento estrutural entre os sistemas político e jurídico. *Revista Direitos Fundamentais & Democracia, Unibrasil – Faculdades Integradas do Brasil*, v. 4, 2008.

LOSANO, Mario G. **Sistema e estrutura no direito.** v. 2. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

\_\_\_\_\_. **Sistema e estrutura no direito.** v. 3. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

LUHMANN, Niklas. **Confianza.** Mexico: Editorial Anthropos, 2005.

\_\_\_\_\_. **A constituição como aquisição evolutiva.** Tradução realizada por Menelick de Carvalho Netto a partir do original (Verfassung als evolutionäre Errungenschaft. *Rechthistorisches Journal*, v. IX, 1990, p. 176 a 220), cotejada com a tradução italiana de F. Fiore (La costituzione come acquisizione evolutiva. *In: ZAGREBELSKY, Gustavo; PORTINARO, Pier Paolo; LUTHER, Jörg. Il Futuro della Costituzione.* Torino: Einaudi, 1996).

\_\_\_\_\_. **A improbabilidade da comunicação.** Vega: Lisboa, 2006.

\_\_\_\_\_. **A posição dos tribunais no sistema jurídico.** Revista da Ajuris, Porto Alegre, n. 49, jul. 1990.

\_\_\_\_\_. A restituição do décimo segundo camelo: do sentido de uma análise sociológica do direito. *In: ARNAUD, André-Jean; LOPES JR., Dalmir (Orgs.). Niklas Luhmann: do sistema social à sociologia jurídica.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

\_\_\_\_\_. **A sociological theory of law.** Translated by Elizabeth King-Tz and Martin Albrow. Routledge, 2014.

\_\_\_\_\_. Communication about law in interaction systems. *In: Advances in social theory and methodology: toward an integration of micro and macro-sociologies.* Edited by K. Knorr-Cetina and A. V. Cicourel. London and New York: Routledge Library Editions, 2015, p. 234-256.

\_\_\_\_\_. Como podemos observar estruturas latentes? *In: WATZLAWICK, Paul; KRIEG, Peter. (Orgs.). O olhar do observador.* Campinas: Editorial Psy II, 1995.

\_\_\_\_\_. **Differentiation of society.** Canadian Journal of Sociology, v. 9, n. 1, 1977.

\_\_\_\_\_. **Ecological communication.** The university of Chicago Press, 1989.

\_\_\_\_\_. **El derecho de la sociedad.** Mexico: Editorial Herder, 2005.

\_\_\_\_\_. **Interaction, organization and society.** *In: The differentiation of society.* New York: Columbia University Press, 1982.

\_\_\_\_\_. **Introdução à teoria dos sistemas.** Petrópolis: Vozes, 2010.

\_\_\_\_\_. **La ciencia de la sociedad.** Mexico: Anthropos, 1996.

\_\_\_\_\_. **La ciencia de la sociedad.** Trad. de Silvia Pappe, Brunhile Erder e Luis Felipe Segura, sob a coordenação de Javier Torres Nafarrate. Guadalajara: ITESO: Universidad Iberoamericana; Barcelona: Anthropos, 1996.

\_\_\_\_\_. **La sociedad de la sociedad.** Mexico: Editorial Herder, 2007.

\_\_\_\_\_. **Legal argumentation**: an analysis of its forms. *The modern Law Review*, v. 58, n. 3, p. 285-298, 1995.

\_\_\_\_\_. **O enfoque sociológico da teoria e prática do direito**. Tradução: Cristiano Paixão; Daniela Nicola; Samantha Dobrowolski. *Revista Sequência*, n. 28, p. 15-29, jun. 1994.

\_\_\_\_\_. **Operational closure and structural coupling**: the differentiation of the legal system. *Cardoso Law Review*, 13, 1992.

\_\_\_\_\_. **Organización y decisión**. Editorial Herder, 2010.

\_\_\_\_\_. **Sistemas sociales**: lineamentos para una teoría general. Trad. Silvia Pappé y Brunhilde Erker. Coord. Javier Torres Nafarrate. Rubí (Barcelona): Anthropos; Mexico: Universidad Iberoamericana; Santafé de Bogotá: CEJA, Pontificia Universidad Javeriana, 1998.

\_\_\_\_\_. **Sociologia del riesgo**. Mexico: Universidad de Guadalajara, 1992.

\_\_\_\_\_. **Sociologia do direito I**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

\_\_\_\_\_. **Sociologia do direito II**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

\_\_\_\_\_. **The autonomy of the legal system**. *In*: The differentiation of society. New York: Columbia University Press, 1982.

\_\_\_\_\_. **The unity of the legal system**. *In*: Autopoietic law: a new approach to law and society. Berlin; New York: de Gruyter, 1987.

\_\_\_\_\_. **Complejidad y modernidad**: de la unidad a la diferencia. Edición y traducción de Jostxo Berian y José María García Blanco. Madrid: Editorial Trotta, 1998.

LUHMANN, Niklas; DE GIORGI, Raffaella. **Teoria della società**. Milano: Franco Angeli, 2000.

LUNEBERG, William V. **The opportunity to be heard and the doctrines of preclusion**: federal limits on state law. *Vill: Law Review*, 2006.

LYRA FILHO, Roberto. **Desordem e processo**: um posfácio explicativo. *In*: ARAÚJO, Doreodó Lyra. *Desordem e processo: estudos sobre o direito em homenagem a Roberto Lyra Filho*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1986.

MAIA, Diogo Campos Medina. **Ação coletiva passiva**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

MAINGUENAU, Dominique. **Termos-chave da análise do discurso**. Belo Horizonte: UFMG, 1998.

MAINGUENAU, Dominique; CHARAUDEAU, Patrick. **Dicionário de análise do discurso**. São Paulo: Contexto, 2008.

MAMEDE, Marli Villela; DUARTE, Sebastião Júnior Henrique; ANDRADE, Sônia Maria Oliveira de. **Opções teórico-metodológicas em pesquisas qualitativas**: representações sociais e discurso do sujeito coletivo. *Revista Saúde e Sociedade*, São Paulo, v. 18, n. 4, p. 620-626, 2009.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação popular**: proteção do erário, do patrimônio público, da moralidade administrativa e do meio ambiente. 4. ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

\_\_\_\_\_. **Jurisdição coletiva e coisa julgada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MANSILLA, Darío Rodríguez. *In*: LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Mexico: Editorial Herder, 2005.

\_\_\_\_\_. *In*: LUHMANN, Niklas. **Organización y decisión**. Mexico: Editorial Herder, 2010.

\_\_\_\_\_. *In*: LUHMANN, Niklas. **Confianza**. Mexico: Anthropos Editorial, 2005.

\_\_\_\_\_. **Gestión organizacional**: elementos para su estudio. Santiago (Chile): Pontificia Universidad Católica de Chile, 2008.

MANSILLA, Darío Rodríguez; NAFARRATE, Javier Torres. El derecho de la sociología de la sociedad. *In*: SILVA, Artur Stamford da (Coord.). **Sociologia do direito**. Curitiba: Juruá, 2007.

MAKROPOULOS, Michael. **Crisis and contingency**: two categories of the discourse of classical modernity. *Thesis Eleven*, v. 3, n. 1, p. 9-18.

MARCONDES FILHO, Ciro. **Para entender a comunicação**: contatos antecipados com a nova teoria. São Paulo: Paulus, 2008.

MARCUSCHI, Luiz Antônio. **Linguagem e classes sociais**. Porto Alegre: Editora Movimento, 1975.

\_\_\_\_\_. **Análise da conversação**. São Paulo: Editora Ática, 1991.

\_\_\_\_\_. **Da fala para a escrita**: atividades de retextualização. São Paulo: Cortez Editora, 2013.

\_\_\_\_\_. **Fenômenos da linguagem**: reflexões semânticas e discursivas. Rio de Janeiro: Lucerna, 2007.

MARTINS, Guilherme Paiva de Carvalho. A compreensão das práticas sociais em abordagens qualitativas. *In*: VON ZUBEN, Marcos de Camargo; MENDES, Marcília Luzia Gomes da Costa; SOUZA, Karlla Christine Araújo *et al.* (Orgs.). **Sujeito, saberes e práticas sociais**. Mossoró: UERN, 2012, p. 9-25.

MAUS, Ingeborg. **Judiciário como superego da sociedade**: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. Tradução do alemão: Martonio Lima e Paulo Albuquerque. *Revista Novos Estudos, CEBRAP*, n. 58, nov. 2000.

MEHAN, Hugh; WOOD, Houston. **The reality of ethnomethodology**. Flórida: Robert E. Krieger Publishing, 1985.

MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. **Ações coletivas no direito comparado e nacional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, Coleção Temas atuais de direito processual civil, v. 4, 2002.

MINISTÉRIO PÚBLICO DE SÃO PAULO. **Urbanismo e meio ambiente**. Disponível em: <[http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao\\_urbanismo\\_e\\_meio\\_ambiente](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao_urbanismo_e_meio_ambiente)>. Acesso em: 25 mar. 2016.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. **Ação civil pública em defesa do meio ambiente: a representatividade adequada dos entes intermediários legitimados para a causa**. In: MILARÉ, Edis (Coord.). *A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

\_\_\_\_\_. **Associações civis e a defesa dos interesses difusos em juízo: do direito vigente ao direito projetado**. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; CASTRO MENDES, Aluísio Gonçalves de; WATANABE, Kazuo (Orgs.). *Direito processual coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

MORAIS, José Luis Bolzan de. **Do direito social aos interesses transindividuais: o Estado e o direito na ordem contemporânea**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

\_\_\_\_\_. **Dez propostas para a reforma do judiciário na República Federativa do Brasil**. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, Belo Horizonte, ano 1, n. 3, jan.-dez. 2005.

MÜLLER, Friedrich; MANCEBO, Luís-Quintín Villacorta. **Postpositivismo**. Santander: Ediciones TGD, 2008.

MUSACCHIO, Aldo; LAZZARINI, Sérgio G. **Reinventing state capitalismo: leviathan in business, Brazil and beyond**. Cambridge: Harvard University Press, 2014.

NAFARRATE, Javier Torres. **Luhmann e as “formas elementares” da vida social**. Revista Brasileira de Sociologia do Direito, Porto Alegre, AbraSD, v. 2, n. 1, p. 28-36, 2015.

\_\_\_\_\_. Nota a la version española. In: LUHMANN, Niklas. **Sociologia del riesgo**. Mexico: Universidad de Guadalajara, 1992.

\_\_\_\_\_. **Galáxias de comunicação: o legado teórico de Luhmann**. Lua Nova, n. 51, p. 144-174, 2000.

\_\_\_\_\_. **Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann**. Editorial Anthropos, 1996.

NAGAREDA, Richard Allen. **Administering adequacy in class representation**. Texas: Law Review, v. 82, 2003.

NASSEHI, Armin. **Organisations as decision machines**: Niklas Luhmann's theory of organized social systems. *In*: The Editorial Board of the Sociological Review, 2005. Published by Blackwell Publishing Ltd, 9600 Garsington Road, USA.

NEGRÃO, RICARDO. **Ações coletivas**: enfoque sobre a legitimidade ativa. São Paulo: Leud, 2004.

NERY, Ana Luiza de Andrade. **Compromisso de ajustamento de conduta**: teoria e análise de casos práticos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo na constituição federal**: processo civil, penal e administrativo. São Paulo: RT, 2013.

\_\_\_\_\_. **Pensou-se no STF e no STF**. Mas faltou ouvir o povo. Disponível em: <<http://brasil.estadao.com.br/noticias/geral,analise-pensou-se-no-stf-e-no-stj-mas-faltou-ouvir-o-povo,1608221>>. Acesso em: 2 jul. 2016.

\_\_\_\_\_. **Transação** – Ação Civil Pública. Soluções Práticas de Direito, v. 5. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

\_\_\_\_\_. Ação civil pública no processo do trabalho. *In*: **Ação civil pública**: Lei 7.347/85 – 15 anos. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

NERY JÚNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Novo CPC – Lei 13.105/2015. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

\_\_\_\_\_. **Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

NERY JÚNIOR., Nelson; ABOUD, Georges. **O CPC-2015 e o risco de uma juristocracia**: a correta compreensão da função dos tribunais superiores entre o ativismo abstrato das teses e o julgamento do caso concreto. *Revista Brasileira de Direito Processual*, Belo Horizonte, ano 24, n. 93, p. 225-254, jan.-mar. 2016.

\_\_\_\_\_. **Pontes de Miranda e o processo civil**: a importância do conceito de pretensão para compreensão dos institutos fundamentais do processo civil. *Revista de Processo*, v. 231, 2014.

NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil anotado e legislação extravagante**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

NEVES, A. Castanheira. **Digesta**: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. Coimbra: Coimbra, 1995, v. 2.

NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil** – O Estado Democrático Direito a partir e além de Luhmann e Habermas. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

\_\_\_\_\_. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

\_\_\_\_\_. **Do pluralismo jurídico à miscelânea social:** os problemas da falta de identidade da(s) esfera(s) de juridicidade na modernidade periférica e suas implicações na América Latina. *Revista Direito em Debate*, v. 4, n. 5, 1995.

NEWBERG, Herbert; CONTE, Alba. **Newber on class action**. 1992.

PAGANI, Fernanda; GOMES, Giles; SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Observação social e pluralismo jurídico:** a abertura do direito às instâncias da sociedade civil. Artigo desenvolvido no âmbito do Projeto Imputação difusa de responsabilidade ambiental, do Grupo de Pesquisa Metamorfose Jurídica (UCS).

PENIDO, Marina Oliveira; PEREIRA, Doralice Barros; LAGES, Anabelle. Contradições e improvisações no trato dos atingidos de Novo Soberbo. *In*: ZHOURI, Andréa (Org.). **As tensões do lugar:** hidrelétricas, sujeitos e licenciamento ambiental. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2011.

PEREIRA, Agostinho Oli Koppe; SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **A especificidade dos novos direitos na multiplicidade de suas referências**. *Revista Sequência*, n. 56, jun. 2008.

PIZZOL, Patricia Miranda. **Coisa julgada nas ações coletivas**. Disponível em: <[http://www.pucsp.br/tutelacoletiva/download/artigo\\_patricia.pdf](http://www.pucsp.br/tutelacoletiva/download/artigo_patricia.pdf)>. Acesso em: 14 jul. 2014.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratados das ações**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1972.

RICOEUR, Paul. **O justo 1:** a justiça como regra moral e como instituição. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

ROCHA, Leonel Severo. Observações sobre a observação luhmanniana. *In*: ROCHA, Leonel Severo; KING, Michael; SCHWARTZ, Germano. **A verdade sobre a autopoiese no direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. **Introdução à teoria do sistema autopoietico do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

ROCHA, Leonel Severo; ATZ, Ana Paula. **As organizações auxiliares ao Poder Judiciário na complexidade da semântico do consumo**. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 83, 2012.

ROCHA, Leonel Severo; SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Perícias técnicas, decisões jurídicas e gestão em sistemas setoriais no contexto dos novos direitos**. *In*: ROCHA, Leonel Severo; DUARTE, Francisco Carlos (Coords). *Direito ambiental e autopoiese*. Curitiba: Juriá, 2012.

ROCHA, Leonel Severo; DUTRA, Jeferson Luiz Dellavalle. Notas introdutórias à concepção sistêmica de contrato. *In*: CALLEGARI, André Luís; STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo da. **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

ROCHA, Leonel Severo; BARRETO, Ricardo Menna. **Confiança nos contratos eletrônicos**: uma observação sistêmica. *Revista Jurídica Cesumar*, v. 7, n. 2, p. 409-425, jul.-dez. 2007.

ROCHA, Leonel Severo. **Epistemologia jurídica e democracia**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2005.

\_\_\_\_\_. **Epistemologia do direito**: revisitando as três matrizes jurídicas. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, v. 5, n. 2, p. 141-149, jul.-dez. 2013.

RODRIGUES, Geisa de Assis. **Ação civil pública e termo e ajustamento de conduta**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. Ação civil pública. *In: DIDIER JR., Fredie (Org.). Ações constitucionais*. Salvador: Podivm, 2006.

SEIDL, David. **Organisational interactions in Luhmann's theory of social systems**. Ludwig-Maximilians-Universität München, Munich School of Management.

SHIMURA, Sérgio. **Título executivo**. São Paulo: Saraiva, 1997.

SILVA, José Afonso da. **Ação popular constitucional**: doutrina e processo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1968.

SILVER, Marjorie. **Fairness and finality**: third-party challenges to employment discrimination consent decrees after the 1991 civil rights act. *Fordham Law Review*, v. 62, 1993.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Interpretação jurídica e percepção seletiva**: a dimensão organizacional da produção de sentido no direito. *Revista Brasileira de Direito*, v. 11, n. 1, p. 135-147, jan.-jun. 2015.

\_\_\_\_\_. **Curso de hermenêutica jurídica contemporânea**: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico. Curitiba: Juruá, 2014.

\_\_\_\_\_. Normatividade e fundamentação material do direito na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann: o problema da normatividade implícita na dimensão construtivista da observação de segunda ordem. *In: BARRETO, Vicente de Paulo; DUARTE, Francisco Carlos; SCHWARTZ, Germano (Orgs.). Direito da sociedade policontextural*. Curitiba: Appris, 2013.

\_\_\_\_\_. **Decisão jurídica e autonomia do direito**: a legitimidade da decisão para além do constitucionalismo e democracia. *In: FIGUEIREDO, Eduardo Henrique Lopes; MONACO, Gustavo Ferraz de Campos; MAGALHÃES, José Luiz Quadros de (Coords.). Constitucionalismo e democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

\_\_\_\_\_. **Direito ambiental e sustentabilidade**. Curitiba: Juruá, 2011.

\_\_\_\_\_. **Decisão jurídica e abertura à repercussão geral**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/13323/decisao-juridica-e-abertura-a-repercussao-geral>>. Acesso em: 18 fev. 2016.

\_\_\_\_\_. **Decisão jurídica e as fronteiras da normatividade:** os suplementos da argumentação jurídica no campo do direito ambiental e do direito do consumidor. *In:* PEREIRA, Agostinho Oli Koppe; HORN, Luiz Fernando Del Rio (Orgs.). *Relações de consumo: meio ambiente*. Caxias do Sul: Educs, 2009.

\_\_\_\_\_. **A constitucionalidade da Constituição em Niklas Luhmann:** paradoxo e contingência do direito constitucional na sociedade globalizada. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 68, jul. 2009.

\_\_\_\_\_. **Direito e reciprocidade na ausência de um único mundo vivido:** o multiculturalismo na Amazônia Ocidental. *Revista Direitos Culturais*, v. 3, n. 5, dez. 2008.

\_\_\_\_\_. **Consenso, dissenso e autopoiese:** crítica de Niklas Luhmann à teoria de Jürgen Habermas na perspectiva do direito. Disponível em: <<http://www.diritto.it/docs/24440-consenso-dissenso-e-autopoiesis-critica-di-niklas-luhmann-alla-teoria-di-j-rgen-habermas-nella-perspectiva-del-diritto>>. Acesso em: 10 jun. 2016.

SHIMURA, Sérgio. O papel da associação na ação civil pública. *In:* MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias (Orgs.). **Processo civil coletivo**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

SILVA, Sandra Lengruher da. **Elementos das ações coletivas**. São Paulo: Método, 2004.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto; ROCHA, Leonel Severo. Perícias técnicas, decisões jurídicas e gestão em sistemas setoriais no contexto dos novos direitos. *In:* ROCHA, Leonel Severo; DUARTE, Francisco Carlos (Coords.). **Direito ambiental e autopoiese**. Curitiba: Juriá, 2012.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto; MIRANDA, Daniela. **Direito, silêncio e corrupção:** um diálogo com Niklas Luhmann e Jürgen Habermas. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/9797>>. Acesso em: 1 jun. 2016.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto; PEREIRA, Agostinho Oli Koppe. **A especificidade dos novos direitos na multiplicidade de suas referências**. *Revista Sequência*, n. 56, jun. 2008.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto; GOMES, Renata Nascimento. **O princípio ambiental da informação na forma de complexidade, confiança e risco**. *Revista de Direito Ambiental*, v. 80, p. 59-75, dez. 2015.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. **Como os juízes decidem?** Proximidades e divergências entre as teorias da decisão de Jürgen Habermas e Niklas Luhmann. *Revista Sequência*, n. 59, p. 61-88, dez. 2009.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto; PAGANI, Fernanda; GOMES, Giles. **Observação social e pluralismo jurídico:** a abertura do direito às instâncias da sociedade civil. Artigo desenvolvido no âmbito do Projeto Imputação difusa de responsabilidade ambiental, do Grupo de Pesquisa Metamorfose Jurídica (UCS).

SOUZA JÚNIOR, José Geraldo de. **Movimentos sociais** – Emergência de novos sujeitos: o sujeito coletivo de direito. *In:* SOUTO, Cláudio; FALCÃO, Joaquim (Orgs.). *Sociologia*

& Direito – Textos básicos para a disciplina de sociologia jurídica. Pioneira Thomson Learning, 2001.

\_\_\_\_\_. **Para uma crítica da eficácia do direito.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1984.

STAMFORD DA SILVA, Artur. **A decisão judicial:** dogmatismo e empirismo. Curitiba: Juruá, 2000.

\_\_\_\_\_. **Sociologia da decisão jurídica:** pesquisa qualitativa sobre a semântica social da comunidade jurídica. *In:* SILVA, Artur Stamford da (Coord.). Sociologia do direito: na prática da teoria. Curitiba: Juruá, 2007.

STRECK, Lenio Luiz. **Decido conforme minha consciência?** Coleção O que é isto? Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

\_\_\_\_\_. **O efeito vinculante das súmulas e o mito da efetividade:** uma crítica hermenêutica. Belo Horizonte, Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica (RIHJ), ano 1, n. 3, jan.-dez. 2005.

\_\_\_\_\_. **Um sintoma do atraso de nosso Direito:** acreditar que basta estar na lei. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-jul-17/senso-incomum-sintoma-nosso-atraso-nao-basta-estar-lei>>. Acesso em: 22 de jul. 2014.

\_\_\_\_\_. **Verdade e consenso:** constituição, hermenêutica e teorias discursivas. São Paulo: Saraiva, 2012.

\_\_\_\_\_. **Vinte dicas republicanas para ter sucesso como (N)DCCJ.** Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jul-18/senso-incomum-vingte-dicas-republicanas-sucesso-ndccj>>. Acesso em: 15 ago. 2013.

STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. **O precedente judicial e as súmulas vinculantes.** Coleção O que é isto? Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

STRECK, Lenio Luiz; MATOS, Daniel Ortiz. **Mitos sobre o positivismo jurídico:** uma leitura para além do senso comum teórico. Revista UNIFESO – Humanas e Sociais, v. 1, n. 1, 2014, p. 120-140.

TELLES JR., Gofredo da Silva. **O direito quântico.** São Paulo: Max Limonad, 1974.

TEUBNER, Günther. **O direito como sistema autopoietico.** Trad. José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

\_\_\_\_\_. As múltiplas alienações do direito: sobre a mais-valia social do décimo segundo camelo. *In:* André-Jean Arnaud; Dalmir Lopes Jr. (Orgs.). **Niklas Luhmann: do sistema social à sociologia jurídica.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

\_\_\_\_\_. **As duas faces de Janus:** pluralismo jurídico na sociedade pós-moderna – Direito, sistema e policontextualidade. Piracicaba: Unimep, 2005.

\_\_\_\_\_. **How the law thinks:** toward a constructivist epistemology of law. *Law & Society Review*, v. 23, n. 5, p. 727-757, 1989.

\_\_\_\_\_. **Justiça autossubversiva**: fórmula de contingência ou de transcendência do direito. Revista Eletrônica do Curso de Direito – PUC-Minas Serro, n. 4, 2011.

TIDMARSH, Jay. **Rethinking adequacy of representation**. Texas: Law Review, v. 87, 2009.

TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de direito constitucional, financeiro e tributário**. v. 5. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

VENTURI, Elton. **Execução da tutela coletiva**. São Paulo: Malheiros, 2000.

VIANA, Ulisses Schwarz. **Direito e justiça em Niklas Luhmann**: complexidade e contingência no sistema jurídico. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2015.

\_\_\_\_\_. **O novo processo civil e os postulados do atendimento dos fins sociais e exigências do bem comum (primeira parte do art. 8º do NCPC)**: uma leitura à luz da teoria dos sistemas – Novo CPC: análise doutrinária sobre o Novo Direito Processual Brasileiro. v. 1. Campo Grande: Editora Contemplar, 2015.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. Ação civil pública ou ação coletiva? *In*: MILARÉ, Edis. (Coord.). **Ação civil pública**: Lei 7.347/1985 – 15 anos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 441-457.

VILANOVA, Lourival. **As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo**. São Paulo: Max Limonad, 1997.

VILLAS-BÔAS FILHO, Orlando; GONÇALVES, Guilherme Leite. **Teoria dos sistemas sociais**: direito e sociedade na obra de Niklas Luhmann. São Paulo: Saraiva, 2013.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Apontamentos sobre as ações coletivas**. Revista de Processo, São Paulo, v. 19, n. 75, p. 273-283, jul.-set. 1994.

WARAT, Luís Alberto. O sentido comum teórico dos juristas. *In*: **A crise do direito numa sociedade em mudança**. FARIA, José Eduardo (Org.). Brasília: Editora UNB, 1988.

WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010, parte IV.

WOOD, Houston; MEHAN, Hugh. **The reality of ethnomethodology**. Flórida: Robert E. Krieger Publishing, 1985.

WOOLLEY, Patrick. **Collateral attack and the role of adequate representation in class suits for Money damages**. Kansas: Law Review, v. 58, 2010.

\_\_\_\_\_. **Rethinking the adequacy of adequate representation**. Texas Law Review, v. 75, 1997.

\_\_\_\_\_. **The availability of collateral attack for inadequate representation in class suits**. Texas: Law Review, v. 79, 2000.

YEAZELL, Stephen C. **From medieval group litigation to the modern class action.** New Haven: Yale University Press, 1987.

ZAMORA, Miguel Agudo. **La protección multinivel del Estado Social.** Valencia: Editorial Tirante Lo Blanch, 2013.

ZANETI JR., Hermes; GARCIA, Leonardo de Medeiros. **Direitos difusos e coletivos.** Salvador: Juspodivm, 2011.

ZANETI JR., Hermes. **Mandado de segurança coletivo: aspectos processuais controversos.** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2001.

ZHOURI, Andréa; GOMES, Lilian Alves. **Da invisibilidade à resistência: atores-rede no licenciamento ambiental das hidrelétricas Capim Branco I e II (Complexo Amador Aguiar), MG.** *In:* ZHOURI, Andréa (Org.). *As tensões do lugar: hidrelétricas, sujeitos e licenciamento ambiental.* Belo Horizonte: Editora UFMG, 2011.

ZUCARELLI, Marcos Cristiano. **O papel do termo de ajustamento de conduta no licenciamento ambiental das hidrelétricas.** *In:* ZHOURI, Andréa (Org.). *As tensões do lugar. Hidrelétricas, sujeitos e licenciamento ambiental.* Belo Horizonte: Editora UFMG, 2011.