



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARÁ**  
**INSTITUTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS**  
**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**  
**DOUTORADO EM DIREITO**

**DEBORA SIMÕES PEREIRA**

**OS *MEDIA*, DIREITO E DECISÃO JUDICIAL: OBSERVAÇÃO DE SUAS  
OPERAÇÕES A PARTIR DA TEORIA DOS SISTEMAS DE NIKLAS LUHMANN**

**Belém**  
**2020**



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARÁ**  
**INSTITUTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS**  
**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**  
**DOUTORADO EM DIREITO**

**DEBORA SIMÕES PEREIRA**

**OS *MEDIA*, DIREITO E DECISÃO JUDICIAL: OBSERVAÇÃO DE SUAS  
OPERAÇÕES A PARTIR DA TEORIA DOS SISTEMAS DE NIKLAS LUHMANN**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Pará, como parte dos requisitos para a obtenção do título de Doutor em Direito.

Orientação: Prof. Dr. Celso Antônio Coelho Vaz  
Coorientação: Profa. Dra. Isabel Maria Santos Graes

Área de concentração: Direitos Humanos

**Belém**

**2020**

**Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP) de acordo com ISBD  
Sistema de Bibliotecas da Universidade Federal do Pará  
Gerada automaticamente pelo módulo Ficat, mediante os dados fornecidos pelo(a) autor(a)**

---

P436m Pereira, Debora Simões

OS MEDIA, DIREITO E DECISÃO JUDICIAL:  
OBSERVAÇÃO DE SUAS OPERAÇÕES A PARTIR DA TEORIA DOS  
SISTEMAS DE NIKLAS LUHMANN / Debora  
Simões Pereira. — 2020.  
174 f.

Orientador(a): Prof. Dr. Celso Antônio Coelho Vaz  
Coorientação: Prof<sup>a</sup>. Dra. Isabel Maria Santos Graes  
Tese (Doutorado) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Instituto  
de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Pará, Belém, 2020.

1. Media. 2. Direito. 3. Decisão judicial. 4. Teoria dos sistemas. 5.  
Corrupção intrassistêmica. I. Título.

CDD 340.2

---

**DEBORA SIMÕES PEREIRA**

**OS *MEDIA*, DIREITO E DECISÃO JUDICIAL: OBSERVAÇÃO DE SUAS  
OPERAÇÕES A PARTIR DA TEORIA DOS SISTEMAS DE NIKLAS LUHMANN**

Tese de doutorado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Pará, como um dos requisitos para a obtenção do título de Doutor em Direito.  
Orientação: Prof. Dr. Celso Anônio Coelho Vaz.  
Coorientação: Profa. Dra. Isabel Maria Santos Graes  
Área de concentração: Direitos Humanos

Data da avaliação: 11/08/2020  
Conceito: Aprovada

**BANCA EXAMINADORA**

Prof. Dr. Marcus Alan de Melo Gomes  
(Presidente da banca/PPGD-UFPA)

Prof. Dr. Ricardo Araújo Dib Taxi  
(PPGD/UFPA)

Prof. Dr. Ricardo Evandro Santos Martins.  
(PPGD/UFPA)

Prof. Dr. Sandro Alex de Souza Simões  
(CESUPA)

Profa. Dra. Loiane Prado Verbicaro.  
(UFPA/Faculdade de Filosofia)

Dedico este trabalho a Deus, por guiar  
minha vida e por sempre estar ao meu lado,  
e à minha mãe, a mulher mais incrível que  
conheço.

## AGRADECIMENTOS

A Deus, por iluminar minha vida e por me proteger em todas as dificuldades.

Ao professor Celso Vaz, por ser uma inspiração como profissional e como pessoa, além de toda a sua atenção e cuidado na orientação deste trabalho, fazendo-se sempre presente quando necessário. Seus ensinamentos foram fundamentais para o desenvolvimento e conclusão desta tese.

Ao professor Sandro Alex, pela coorientação neste trabalho. Obrigada por sempre estar disponível para tirar minhas dúvidas, indicar textos, apoiar com palavras e orações. E especialmente obrigada por ser este ser inspirador e corajoso com quem eu aprendo sempre.

À professora Isabel Graes, pelo exemplo de profissionalismo e pela coorientação desta tese. Obrigada pelas discussões, disponibilidade, atenção para comigo e com meu trabalho.

Ao Professor Marcos Alan, por toda a sua disponibilidade para ler e corrigir este trabalho, indicando livros e textos que tratam desta temática de maneira crítica.

Ao Professor André Coelho, pelas conversas que auxiliaram na delimitação da temática, além das indicações bibliográficas para esta tese.

À Professora Marise Morbach, por me auxiliar na compreensão da temática meios de comunicação, indicando textos que me permitiram o aprofundamento destes.

À professora Loiane Verbicaro, pela disponibilidade, atenção e indicações de textos, que se encontram presentes no trabalho.

À amiga Raquel Maia pelas indicações de texto e envio destes. Obrigada por sempre lembrar de mim, quando via algo relacionado a minha tese.

À minha mãe, minha irmã e ao meu sobrinho Claudinho, por serem o meu motivo de querer lutar a cada dia. Qualquer agradecimento seria muito pouco perto do que vocês três fazem por mim todos os dias. Nem todo o amor do mundo seria capaz de expressar o que sinto por vocês. Obrigada por todo o apoio nos momentos difíceis, e obrigada por sempre estarem comigo onde quer que eu vá.

À Laura, minha sobrinha, meu mais novo amor. Já sonho com o dia em que terei a felicidade de embalá-la em meus braços.

Ao meu amor Christian, a quem amo demais, por estar ao meu lado nesta fase final do doutoramento, dando seu amor, carinho e compreensão, além de me incentivar o tempo todo. Que felicidade o ter encontrado.

À minha tia Celeste, por ser minha segunda mãe e por me ensinar que não se pode desistir nunca. Por ser um exemplo de mãe e amiga.

Ao meu primo Sandro e sua esposa Cynthia, irmãos, amigos e conselheiros de todas as horas. O seu carinho e atenção me emocionam demais e me fazem muito feliz. Sem vocês dois esta vitória não seria a mesma. Obrigada por me brindarem sempre com sua companhia e alegria. Amo muito vocês.

À Theodora e Fernão, meus primos lindos e que me encantam cada dia mais. Obrigada por fazerem parte da minha vida, permitindo ver o crescimento de vocês.

Aos meus dois grandes amigos, Marta e Klelton, por me ensinarem o que significa uma verdadeira amizade, por estarem comigo nos momentos felizes e tristes, dando colo ou um ombro amigo, ou dividindo comigo as vitórias durante estes anos. A verdadeira amizade é aquela que nunca acaba, e a nossa, tenho certeza, será eterna.

À minha afilhada Sofia, por ser um presente especial na minha vida e por poder acompanhar o seu crescimento e a sua paixão pela leitura.

Aos amigos antigos e recentes, mas não menos importantes. Vocês fazem parte da minha vida e têm um lugar em meu coração.

Aos funcionários da Biblioteca da Universidade de Lisboa, obrigada por toda a atenção e apoio a mim dispensados.

## RESUMO

Esta tese discorre sobre as operações realizadas entre os *media* e o sistema judiciário, a partir da teoria dos sistemas de Luhmann, buscando compreender de que forma o judiciário reage aos ruídos externos provenientes dos *media*. Ao realizar este estudo, procurou-se trazer uma nova perspectiva sobre a temática, em virtude da relevância desta para o meio social e reconhecendo que já foi objeto de outras pesquisas. A concepção que se objetiva alcançar é desconstruir uma ideia negativa, erroneamente disseminada na sociedade, especialmente quanto ao papel dos *media*, em que não se reconhece a sua real importância, identificando-os como um obstáculo para a correta aplicação da lei pelos tribunais. Tendo isto em vista, estudou-se, isoladamente, cada um dos sistemas, distinguindo os seus códigos binários, seus elementos e as operações que ocorrem internamente. E, somente a partir disso, investigou-se as irritações provenientes do sistema mediático sobre o sistema judiciário, verificando de que forma isto afeta as decisões dos tribunais e a produção de certeza. Assim sendo, coube a este trabalho a tarefa de comprovar se, diante destas interferências, ocorre um acoplamento estrutural entre os dois sistemas ou uma corrupção intrassistêmica do sistema mediático sobre o sistema judiciário.

**Palavras-chave:** *Media*. Direito. Decisão judicial. Teoria dos sistemas. Corrupção intrassistêmica.

## ABSTRACT

This thesis discusses the operations carried out between the media and the judicial system, based on Luhmann's theory of systems, seeking to understand how the judiciary reacts to external noises coming from the media. In carrying out this study, we sought to bring a new perspective on the subject, given its relevance to the social environment and recognizing that it has already been the subject of other research. The conception that is aimed to be achieved is to deconstruct a negative idea, erroneously disseminated in society, especially regarding the role of the media, in which their real importance is not recognized, identifying them as an obstacle to the correct application of the law by the courts. With this in mind, each system was studied in isolation, distinguishing its binary codes, its elements and the operations that occur internally. And, only from this, we investigated the irritations coming from the media system on the judicial system, verifying how this affects the decisions of the courts and the production of certainty. Thus, it was up to this work to verify whether, in the face of these interferences, there is a structural coupling between the two systems or an intrasystemic corruption of the media system over the judicial system.

Keywords: *Media*. Law. Judicial decision. Systems theory. Intrasystemic corruption.

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO</b>	<b>13</b>
<b>2</b>	<b>MEIOS DE COMUNICAÇÃO</b>	<b>17</b>
<b>2.1</b>	A IMPORTÂNCIA DOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO	<b>17</b>
<b>2.2</b>	O QUE SÃO MEIOS DE COMUNICAÇÃO?	<b>18</b>
<b>2.3</b>	INFLUÊNCIA NA POLÍTICA	<b>22</b>
<b>2.4</b>	INFLUÊNCIA DOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO NO PROCESSO POLÍTICO	<b>24</b>
<b>2.5</b>	NOVO PARADIGMA	<b>26</b>
<b>2.6</b>	COMUNICAÇÃO DE MASSA	<b>28</b>
<b>2.7</b>	MEIOS DE COMUNICAÇÃO: INFLUÊNCIA OU MANIPULAÇÃO?	<b>31</b>
<b>2.8</b>	ESFERA PÚBLICA	<b>36</b>
<b>2.8.1</b>	<b>Críticas ao pensamento de Habermas, a partir de Thompson e Luhmann</b>	<b>48</b>
<b>2.9</b>	OPINIÃO PÚBLICA	<b>52</b>
<b>2.10</b>	MEIOS DE COMUNICAÇÃO, SOCIEDADE E DIREITO POSITIVO	<b>56</b>
<b>2.10.1</b>	<b>Sociedade e direito</b>	<b>57</b>
<b>2.10.2</b>	<b>Direito positivo</b>	<b>60</b>
<b>3</b>	<b>SISTEMAS SOCIAIS</b>	<b>67</b>
<b>3.1</b>	CONSIDERAÇÕES GERAIS	<b>67</b>
<b>3.2</b>	TEORIA SISTÊMICA	<b>67</b>
<b>3.2.1</b>	<b>Sistema e características</b>	<b>71</b>
<b>3.2.2</b>	<b>Clausura Operativa, Autopoiese e Diferenciação funcional</b>	<b>74</b>
<b>3.2.3</b>	<b>Sistema político</b>	<b>78</b>
<b>3.2.4</b>	<b>Sistema jurídico</b>	<b>79</b>
<b>3.2.4.1</b>	Expectativas normativas e cognitivas	<b>82</b>
<b>3.2.5</b>	<b>Sistema mediático</b>	<b>85</b>
<b>3.2.5.1</b>	Comunicação e seletividade do conhecimento	<b>89</b>
<b>3.2.1.2</b>	Meios de comunicação e construção da realidade	<b>92</b>
<b>3.2.6.</b>	<b>Acoplamento estrutural e corrupção intrassistêmica</b>	<b>94</b>
<b>4</b>	<b>DISSECÇÃO DOS DISCURSOS</b>	<b>98</b>
<b>4.1</b>	CONSIDERAÇÕES GERAIS	<b>98</b>
<b>4.2</b>	SUBSISTEMA JUDICIÁRIO	<b>99</b>

<b>4.2.1</b>	<b>Juiz</b>	<b>104</b>
<b>4.2.2</b>	<b>Auditório</b>	<b>105</b>
<b>4.2.3</b>	<b>Decisão judicial</b>	<b>109</b>
4.2.3.1	Argumentar	110
4.2.3.2	Elementos	112
4.2.3.2.1	<i>Decisão sobre a prisão em segunda instância</i>	114
4.2.3.3	Elementos jurídicos	123
4.2.3.4	Elementos estranhos ao direito	125
<b>5</b>	<b>ESTADO DE DIREITO E DEMOCRACIA</b>	<b>128</b>
<b>5.1</b>	<b>CONSIDERAÇÕES GERAIS</b>	<b>128</b>
<b>5.2</b>	<b>ESTADO DE DIREITO</b>	<b>128</b>
<b>5.3</b>	<b>DEMOCRACIA REPRESENTATIVA</b>	<b>130</b>
<b>5.3.1</b>	<b>Considerações gerais</b>	<b>130</b>
<b>5.3.2</b>	<b>Debate sobre a representatividade</b>	<b>132</b>
<b>5.3.3</b>	<b>Crise do modelo</b>	<b>133</b>
<b>5.4</b>	<b>DISCUSSÃO A RESPEITO DA EXPANSÃO DO SUBSISTEMA JUDICIÁRIO</b>	<b>136</b>
<b>5.4.1</b>	<b>Considerações iniciais</b>	<b>136</b>
<b>5.4.2</b>	<b>Judicialização da Sociedade</b>	<b>137</b>
<b>5.4.3</b>	<b>Papel do juiz em um momento de crise da democracia representativa</b>	<b>139</b>
<b>5.4.4</b>	<b>Perigos do controle judicial</b>	<b>142</b>
<b>5.4.5</b>	<b>Abordagem mediática do Poder Judicial</b>	<b>143</b>
<b>5.4.5.1</b>	Poder judiciário e os meios de comunicação	143
<b>5.4.5.2</b>	Meios de comunicação e Poder judiciário	146
<b>6</b>	<b>ACOPLAMENTO OU CORRUPÇÃO INTRASSISTÊMICA</b>	<b>148</b>
<b>6.1</b>	<b>CONSIDERAÇÕES GERAIS</b>	<b>148</b>
<b>6.2</b>	<b>ACOPLAMENTO ESTRUTURAL</b>	<b>149</b>
<b>6.3</b>	<b>SISTEMA JUDICIÁRIO SOB ANÁLISE: O ESTUDO DOS EFEITOS DAS IRRITAÇÕES PROVENIENTES DO SISTEMA MEDIÁTICO NESTE SISTEMA</b>	<b>150</b>
<b>6.3.1</b>	<b>Delimitação do objeto</b>	<b>150</b>
<b>6.3.2</b>	<b>Operações do sistema judiciário e irritação</b>	<b>150</b>
<b>6.3.2.1</b>	Argumentação.	151

6.3.2.2	Extensão das decisões judiciais	151
6.3.2.3	Interpretação	152
6.3.2.4	Crise da democracia representativa	152
6.3.2.5	Opinião pública como legitimadora da decisão judicial	152
6.3.3	<b>Considerações Parciais</b>	153
6.4	SISTEMA JUDICIÁRIO E SEU AMBIENTE	153
6.5	CORRUPÇÃO INTRASSISTÊMICA: DISTORÇÃO DO SISTEMA JUDICIÁRIO	154
6.5.1	<b>Complexidade e seleção</b>	155
6.5.2	<b>“Auditório” do sistema judiciário</b>	156
6.5.3	<b>Desconstrução da concepção da “maioria” como detentora da razão</b>	157
6.5.4	<b>Sistema judiciário e diferenciação funcional</b>	158
6.6	CONSIDERAÇÕES FINAIS	161
7	<b>CONCLUSÃO</b>	163
	<b>REFERÊNCIAS</b>	167

## 1. INTRODUÇÃO

A construção de uma tese não é uma tarefa simples, exige esforço, dedicação e, especialmente na área da pesquisa, o não partir de uma conclusão ao iniciar o trabalho. É essencial, na busca por um resultado mais próximo da realidade, estar aberta para as inúmeras possibilidades que surgem durante a construção de um trabalho e, somente ao final, encontrar uma resposta mais adequada para a hipótese posta. Acredito ser isso que poder-se-á extrair da leitura desta.

Assim sendo, a este trabalho atribuiu-se a tarefa de estudar dois sistemas distintos, os *media* e o direito, averiguando de que forma o sistema judiciário, presente dentro do sistema jurídico reage aos ruídos provenientes do sistema mediático, e a repercussão desta reação nas decisões judiciais.

Apesar desta não ser uma temática recente, isto é, os *media* e o direito, buscou-se, através da teoria dos sistemas de Luhmann entender a problemática que se apresenta sob uma nova perspectiva, compreendendo a interferência entre estes dois sistemas e a diferenciação entre eles.

Este assunto é estudado por mim há alguns anos, todavia, inicialmente, sob um enfoque diferente, o do direito penal, em virtude da minha relação com a área ao ministrar, por muitos anos, aulas desta cadeira. Nesta, acabava por analisar muitos casos expostos à exaustão nos meios de comunicação, em especial aqueles que possuíam um maior apelo emocional, sendo também abordada pelos alunos para comentá-los.

Porém, ao aprofundar-me mais no assunto, comecei a identificar alguns aspectos que chamaram ainda mais a minha atenção, especialmente quando determinados casos foram retratados nos meios de comunicação sob uma perspectiva distorcida, oriunda não dos *media*, mas sim do próprio direito: duas situações que foram rapidamente tipificadas como tentativa de homicídio pelo Ministério Público (MP), sem o serem, pois faltava um dos elementos essenciais, que era o dolo de matar. Os dois casos assemelham-se pelo alto grau de reprovabilidade da conduta dos acusados, porém, não constituíam tentativa de homicídio e não poderiam ser classificados desta forma.

À vista disso, interessei-me por aprofundar-me nestas possíveis distorções do direito e investigar a causa e de que forma isto afetaria o sistema jurídico, pois se estão ocorrendo deturpações no momento de denunciar um crime, isto poderia se estender ao momento de julgar também, produzindo uma insegurança no meio social.

Segundo Luhmann (1983), o direito deve ser estudado como estrutura e a sociedade como sistema em uma relação de interdependência recíproca. Aquele organiza o viver em sociedade a partir das expectativas normativas, que controla o nível de complexidade no sistema, na medida em que reduz o número de possibilidades.

Tendo em vista que grande parte das relações e institutos é regulada pelo direito, o que ocorreria se este não estivesse mais operando corretamente? Provavelmente, com o passar do tempo, o caos se instalaria, diante da instabilidade das relações, somada à falta de previsibilidade no momento de decidir. Destarte, os indivíduos não saberiam o que esperar dos atores relacionados ao sistema jurídico, em virtude do alto grau de incerteza.

Ao lado disso, é necessário observar que o sistema jurídico recebe cada vez mais atenção do sistema mediático, sendo objeto de um grande número de notícias. Esta exposição pode ser traduzida em benefício, ao falar da transparência, ou pode constituir-se em um equívoco, quando permite um julgamento social anterior ao julgamento jurídico.

E ainda, tendo o judiciário uma posição essencial na sociedade, permeando inúmeras relações, este não sofre irritações apenas dos *media*. Há inúmeros outros sistemas que produzem ruídos que interferem no sistema judiciário, restando identificar se essas possíveis distorções são resultado apenas dos meios de comunicação em massa.

Sendo assim, ao redigir estes cinco capítulos, que já ser-lhe-ão apresentados, buscou-se construir uma teia entre eles, de forma que todos estivessem perfeitamente conectados, e que ficasse claro o porquê do discorrer sobre cada um dos tópicos na edificação deste pensamento. Porém, a conclusão sobre a discussão somente foi alcançada após a redação do quinto capítulo, em que se tornou mais claro de que forma o judiciário opera diante da interferência de eventos do ambiente.

No segundo capítulo, discorreu-se sobre os meios de comunicação e seu papel dentro da sociedade. Muitas vezes, na área do direito, não temos um contato verdadeiro com os meios de comunicação, isto é, a compreensão deles e sua função. Sabe-se da importância dos meios de comunicação no contexto atual, uma vez que tudo o que nos é informado é feito através deles, porém, não há um conhecimento mais técnico a respeito da sua evolução, juntamente com a sociedade e da sua interferência em outros sistemas.

Além disso, há uma profunda transformação dos meios de comunicação com o advento da tecnologia, não somente quanto ao alcance, sendo denominado de meios de comunicação em massa, mas também relativamente à espécie de comunicação que passa a ser estabelecida após. O que alguns autores denominam mais propriamente de difusão ou transmissão.

Desenvolveu-se ainda sobre a concepção de público e de esfera pública, que após será incorporada pelos meios de comunicação, em um sentido diverso do estabelecido pelo sistema político. E, por fim, a delimitação do porquê da teoria luhmanniana ser a mais apropriada para o estudo desta tese.

No terceiro capítulo, dissertou-se sobre a teoria dos sistemas de Luhmann. Apesar desta tese objetivar compreender a interferência que se estabelece entre o sistema mediático e o jurídico, comentou-se brevemente o sistema político, pois este mostrar-se-á importante no discernimento das modificações que ocorrem entre os dois primeiros.

Acredito que, neste capítulo, houve uma maior preocupação em fornecer algumas definições, essenciais para o entendimento do resultado a ser obtido, todavia, contextualizando-as sempre, ou seja, apesar de conceitual, elas relacionam-se aos sistemas e à problemática posta.

Então, o estudo de uma sociedade dividida em sistemas, com códigos particulares, operando internamente e selecionando as possibilidades dentro de uma sociedade funcionalmente diferenciada, é apropriado para o estabelecimento de fronteiras entre o sistema e o ambiente, necessário para o controle da complexidade.

No quarto capítulo, aprofunda-se o sistema judiciário presente dentro do sistema jurídico, bem como os elementos inerentes a ele e de que forma cada um deles opera. Explica-se quem é o juiz, a quem ele se direciona no momento de decidir e de que forma se compõe a decisão judicial: os elementos jurídicos, selecionados pelo binômio direito/não direito e quais são os elementos estranhos ao direito utilizados pelos magistrados no momento de decidir.

É interessante notar, através da exposição de alguns trechos de votos dos ministros do Supremo Tribunal Federal (STF), a crescente quantidade de argumentos estranhos ao direito utilizados por eles como motivação de suas sentenças e de que forma a interpretação sobre um mesmo aspecto do texto legal é tão diferente, a depender de qual ministro a profere.

No quinto capítulo, apresenta-se um aspecto essencial para a compreensão do comportamento do judiciário frente à interferência dos *media*, qual seja: o deslocamento gradual do homem político para o homem jurídico em virtude da crise da democracia representativa. O declínio desta provocou a expansão do judiciário frente a uma sociedade que se sentia desamparada, que não se identificava com os representantes eleitos por ela.

Neste diapasão, o juiz assume o lugar antes ocupado pelo político, tendo um maior protagonismo na sociedade e nos meios de comunicação em massa. As questões que se impõem são: como o juiz responderá a este “apelo da sociedade”, os limites impostos pela sua função, a reação à transmissão dos julgamentos e os perigos que se identificam nesta expansão e

consequente judicialização do judiciário.

No último capítulo retoma-se a questão posta sobre a interferência do sistema mediático no sistema judiciário, compreendendo qual fenômeno apreende-se desta. Para a construção da resposta, alguns aspectos indicativos de alteração ou distorção do sistema são reapresentados, além dos que podem ser compreendidos como auxiliares desta modificação

Portanto, a hipótese proposta para este trabalho questiona se nas decisões judiciais, a partir da análise do que foi demonstrado até aqui, quanto à teoria dos sistemas e opinião pública, ocorre a corrupção intrassistêmica, que levaria à inoperância do subsistema judiciário e à imprevisibilidade das decisões judiciais, ou se existe o acoplamento estrutural e a utilização da opinião pública por diversos subsistemas, adquirindo, em cada, um significado particular e possível

E, primordialmente, lembrar que o objetivo geral do trabalho não é tratar o problema como uma teoria da soma zero que se coloque a questão: “ou o sistema mediático ou o sistema jurídico”. Em uma chave democrática jamais se poderia imaginar uma sociedade como a moderna sem um ou outro. A questão, portanto, é descrever sociologicamente como eles operam e que tipos de interferência podem produzir vantagens ou resultar em inoperância. Talvez a melhor hipótese de trabalho seja pensar se o que se entende por “crise” na relação entre direito (Tribunais) e meios de comunicação de massa seja, na realidade, uma operação regular de cada sistema às irritações que decorram do aumento acelerado da complexidade do ambiente, em razão da ampliação exponencial dos canais de manifestação de opinião com incremento das dificuldades de decidibilidade. Ou seja, o próprio sucesso de inclusividade em cada um dos sistemas (jurídico e mediático) provoca um aumento da complexidade dentro deles, que precisa ser tratado por novas formas de linguagem e decisão, novos mecanismos de redução dessa complexidade. Dessa maneira, não há um embate ou “crise” entre os dois sistemas, mas sim uma reação regular e normal de cada um deles, autopoieticamente, para estabelecer a redução de complexidade dentro deles mesmos, de maneira a continuarem operando.

## 2. MEIOS DE COMUNICAÇÃO

### 2.1 A IMPORTÂNCIA DOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO

Ao discorrer sobre sociedade e democracia é quase impossível não as relacionar ao desenvolvimento dos meios de comunicação, mesmo que a estes últimos não tenha sido dada a importância adequada ao longo da história<sup>1</sup>.

Os meios de comunicação não são apenas transmissores neutros que transmitem informação ou conteúdo simbólico de um indivíduo (ou grupo de indivíduos) para outros – uma espécie de esteiras transportadoras de significado, por assim dizer; ao contrário, quando novos meios de comunicação são desenvolvidos e introduzidos, eles mudam as maneiras pelas quais os indivíduos se relacionam uns com os outros e com eles próprios. (THOMPSON, 2014, p. 9)

Os meios de comunicação mudaram a forma de interação no contexto do poder político, diminuindo a distância entre governantes e governados, transformaram as noções de tempo e espaço, o relacionamento entre os indivíduos, a informação que está acessível a todos. Praticamente todas as comunicações mundiais são pautadas nos *media*, seja em livros ou jornais, ou nos mais modernos como televisão e páginas de notícias na internet, que alcançam a grande massa populacional.

A sua lógica de influência vai além do campo comunicacional atingindo o ambiente político e social. Grandes eventos políticos históricos foram marcados pela utilização dos meios de comunicação, ainda que os recursos quanto a estes fossem diferentes ao longo do tempo. Contudo, o estabelecimento de um espaço público de discussões e análise de livros foi um propulsor para um novo pensar.

Preliminarmente, como os livros ou jornais não eram acessíveis a todos, havia reuniões em torno da leitura destes, facilitando o posterior diálogo a partir do que foi lido. Este debate foi essencial na era moderna, com as grandes revoluções e o avanço nas garantias dos direitos do homem, segundo Habermas (2003b).

Formou-se uma esfera pública politizada, com caráter crítico, capaz de promover modificações nos mais profundos alicerces do Estado. Portanto, é possível visualizar, inicialmente, a importância dos meios de comunicação para o avanço e transformação social, sendo essencial uma análise mais profunda destes.

---

<sup>1</sup> Como poucas exceções, a maioria dos sociólogos e teóricos sociais que escreveram sobre o desenvolvimento das sociedades modernas o fizeram sem dar qualquer atenção significativa à ascensão das formas midiáticas de comunicação. (THOMPSON, 2014, p.8)

Para compreender a complexidade dos *media*, a sua relação com a transformação da sociedade e posteriormente, com o âmbito político e jurídico, discorrer-se-á neste capítulo sobre eles.

## 2.2- O QUE SÃO MEIOS DE COMUNICAÇÃO?

A fim de se compreender melhor a temática acima, é indispensável inaugurar o estudo com o conceito de comunicação, que é a origem de toda espécie de relacionamento entre os indivíduos, constituindo-se em uma das bases da sociedade. O comunicar é um comportamento reflexo do ser humano enquanto ser e no contato com os outros que o cercam.

Comunicação, vem do latim *communicatio* que, por sua vez, deriva de *communis*, formado do prefixo *cum* e do substantivo *munus*. (...) *Communicatio* designava, por conseguinte, originariamente, a participação em simultâneo de duas ou mais pessoas (*cum-*) numa determinada função ou tarefa, num *munus*. Daí a ideia de troca ou de permuta, que já estava presente na raiz indo-europeia *mei*-(...) (RODRIGUES, 2011, p. 19)

Ao pensar na interação entre os seres leva-se em conta em princípio o aspecto biológico, a fala, o contato visual, que são intrínsecos à espécie humana. Contudo, além desta construção biológica natural, o homem aperfeiçoou, ao longo dos séculos, a forma de se comunicar com os outros membros da sua própria comunidade e aqueles que conheceu através da inevitabilidade da expansão do homem para distante de suas fronteiras territoriais e continentais.

Observa-se que o conceito de comunicação é bastante diferente em cada momento da história, pois se adaptará a complexidade crescente da sociedade, assim como a partir de autores diversos e suas convicções sobre a temática. Esta diversidade advém não apenas dos meios técnicos utilizados para se comunicar, mas também da função a que se destinava e dentro de que contexto ocorria.

As antigas teorias sempre dizem que comunicar é transferir informação, quando, na realidade, diz Luhmann, comunicar não é se desfazer de nada, é, antes, um processo multiplicador. (LUHMANN, 2005, p. 7). E este procedimento não ocorre de maneira simultânea, ou seja, quando alguém comunica algo, a compreensão desta informação não acontece concomitantemente, pois se pressupõe, erroneamente, que:

A informação que se transmite é a mesma que se recebe. Mas não é bem assim: a comunicação inventa sua própria memória num pulsar constante em que o sistema se expande e se contrai com cada redundância e com cada nova seleção. Nada a ver com peças concretas que precisam ser reunidas por alguém: a comunicação, é a própria seletividade que se constrói na comunicação. (LUHMANN, 2005, p. 7- 8)

E esta seletividade ocorre de maneira natural, como algo intrínseco à conversação e ao informar. E, em virtude disto, talvez a visão desfavorável que os *media* adquiriram durante o último século não está relacionada a estes em si. Entretanto, provavelmente, liga-se à ideia (versão) que se deu aos fatos a partir de sua comunicação. Por isso, quando se for tratar do papel que os *media* assumem na sociedade é essencial ter em mente a mensagem que querem transmitir ao público, já aguardando que esta visão pode ser diferente na sua recepção, uma vez que, como dito acima, transmitir e receber são dois processos diferentes

Por isso, “entender não tem nada a ver com a hermenêutica de sentido, que busca explicar a verdade embutida nos textos clássicos, numa obra literária, numa obra de arte. Entender é apenas condição para a comunicação seguinte, o elo de ligação entre duas falas ou entre duas frases.” (LUHMANN, 2005, p. 8)

Logo, a importância da comunicação para a vida humana, na múltipla variedade de formas que esta apresenta e em todos os seus diferentes níveis de realização, é para todos nós, hoje, um fato indiscutível. (ESTEVEZ, 2016, p. 17)

A forma de se comunicar expandiu-se durante a história, acompanhando o crescimento territorial e populacional, assim como as diferentes sociedades, sendo que tudo o que se conhece, de passado ou presente, sabe-se através dos *media*:

Sob o conceito de meios de comunicação devem ser compreendidos, de agora em diante, todas as instituições da sociedade que se servem de meios técnicos de reprodução para a difusão da comunicação. Consideram-se aqui, principalmente livros, revistas, jornais produzidos de forma impressa, mas também processos de reprodução fotográfica ou eletrônica de qualquer tipo, na medida em que fabriquem produtos em grande quantidade a um público indeterminado. Também a difusão de comunicação pelo rádio faz parte desse conceito, na medida em que for acessível a todos e não sirva apenas para manter a conexão telefônica entre participantes individuais. (LUHMANN, 2005, p. 16)

O conceito acima corresponde ao que, atualmente, compreende-se como meios de comunicação. Contudo, houve uma grande modificação na forma de se comunicar e na finalidade desta, até se construir esta ideia atual sobre a temática.

Uma primeira ideia quanto à comunicação envolve visibilidade e interação pessoal, ou seja, direta, que duas ou mais pessoas estejam no mesmo espaço físico, até porque, primitivamente, não havia meios técnicos que auxiliassem neste processo.

No fluxo normal da nossa vida cotidiana, a visibilidade está relacionada com as capacidades físicas de nosso sentido da visão e com as propriedades espaciais e temporais das circunstâncias em que nos encontramos: não podemos ver além de uma certa distância a não ser com a ajuda de um dispositivo técnico de algum tipo; não podemos ver na ausência de uma certa quantidade de luz, a não ser, uma vez mais, com a ajuda de um dispositivo técnico; e não podemos ver o futuro ou o passado. O

que vemos é aquilo que se encontra em nosso campo de visão, onde os limites desse campo são formados pelas propriedades espaciais do aqui e agora. (THOMPSON, 2014, p. 12)

Não obstante, quando a sociedade adquire complexidade, é imprescindível encontrar outras formas de dialogar com os outros, novos instrumentos de comunicação precisam ser implementados, produzindo outras formas de interação que serão discutidas ulteriormente.

Porém, é preciso dizer que, houve o alargamento da comunicação através da reprodução de livros, jornais, correios, da formação de um ambiente crítico, constituído inicialmente por uma camada culta que lê e que discute de forma analítica o mundo ao seu redor. A informação começa a se globalizar, uma vez que indivíduos tomam conhecimento de fatos e conhecem lugares em que nunca estiveram fisicamente. Portanto, a notícia transmite um grau de confiabilidade, uma vez que tudo o que se conhece, se passa a saber através da leitura.

A expansão das indústrias de comunicações bem como do público leitor, acrescentam um elemento a este contexto, qual seja o caráter comercial que modificará a forma como as notícias são apresentadas e o grau de confiabilidade desta. Thompson destacará três tendências no desenvolvimento desta indústria desde o início do século XIX.

A transformação das instituições da mídia em interesses comerciais de grande escala é um processo que começou no início do século XIX. (THOMPSON, 2014, p. 111). A primeira, ocorre em virtude de uma junção de fatores, que são: a expansão das técnicas de impressão, o aumento do interesse sobre informações, notícias e outras questões gerais, a vinculação, até determinado momento, à estrutura estatal, tendo a administração pública utilizado isto a seu favor, além da expansão do público leitor, através dos maiores índices educacionais. A partir disto, a natureza dos jornais também será modificada, apresentando menor preço, anúncios comerciais, uma vez que se dirigiam a um maior número de leitores, sendo compreendido não mais como o simples instrumento de divulgar informações, mas como meio de influenciar a população, no que diz respeito a comercialização de bens e serviços.

No que diz respeito ao implemento dos meios de comunicação, talvez seu apogeu, propiciado em virtude da drástica mudança na forma de interação social, tenha sido alcançado com a criação da televisão.<sup>2</sup>

A difusão televisiva não opera isoladamente de outras modalidades de comunicação de

---

<sup>2</sup> Luhmann cita em seu texto que o implemento da máquina de impressão foi o que possivelmente transformou a lógica dos meios de comunicação, uma vez que, anteriormente, a escrita era utilizada simplesmente como tradução da linguagem oral, não possuindo nenhuma outra finalidade além desta. O que transformou esta realidade foi a reprodução em larga escala de textos.

massa, mas desempenha um papel central na constelação contemporânea dos meios técnicos (THOMPSON, 1995, p. 297), pois pela primeira vez houve a junção não somente do áudio, mas também o aspecto visual, que trouxe uma nova perspectiva de mundo, político, econômico, cultural, social, entre outros.

Thompson distingue quatro dimensões do impacto interacional dos meios técnicos quanto ao recurso televisivo, demonstrando a importância deste no novo olhar construído a partir de então, pois este nos remete, visualmente, a lugares em que nunca estivemos, a eventos passados e presentes, com riqueza de detalhes, nos transporta para fora do nosso contexto físico momentâneo, além de nos possibilitar a expansão quanto ao conhecimento, atualizando-nos no momento em que os fatos acontecem, com imagens para comprová-los. Está do mesmo modo, devido a suas características únicas, presentes em quase todas as residências do planeta, sendo um dos objetos de consumo favoritos da população

(1) os meios facilitam a interação através do tempo e do espaço; (2) eles modificam a maneira como as pessoas agem para os outros, enquanto os outros para os quais essas pessoas estão agindo se constituem numa audiência que é ampla, remota e dispersa no tempo e no espaço; (3) eles modificam a maneira como as pessoas agem em resposta aos outros, na medida em que podem agir em resposta aos outros que estão localizados em contextos distantes; e (4) os meios também modificam as maneiras como as pessoas agem e interagem no processo de recepção, isto é, eles atingem a organização social daquelas esferas da vida cotidiana em que a recepção das mensagens por eles mediadas é uma atividade rotineira.(THOMPSON, 1995, p. 297/298)

Além da televisão, que nos transportará no tempo e no espaço, pode-se citar a internet, que trouxe uma nova espécie de visibilidade e problematização entre o que é vida pública e privada, uma vez que é possível disponibilizar vídeos, fotos, áudios e outros em segundos na rede, ficando acessível a um número indeterminado de pessoas, causando tanto um benefício como um prejuízo, em certos casos, sem proporção.

No final dos séculos XIX e XX, o desenvolvimento da mídia eletrônica – o rádio, a televisão e os novos meios de comunicação associados com a internet – representou, de algumas maneiras, a continuação de um processo que tinha sido posto em movimento pela imprensa, mas também representou um novo caminho. (THOMPSON, 2014, p. 14).

Este novo caminho será discutido em tópico posterior sobre a finalidade dos meios de comunicação em massa e se a ampliação do público receptor deles teve como consequência uma intervenção ou uma determinação no comportamento deste, ou seja, há influência ou manipulação.

### 2.3- INFLUÊNCIA NA POLÍTICA

Como já foi dito antes, o papel fundamental dos meios de comunicação não foi analisado com o cuidado e aprofundamento necessário pela maioria dos autores, relegando um papel secundário, especialmente quanto ao desenvolvimento da sociedade moderna. Poucos autores como Thompson, Habermas, Wilson Gomes, pesquisaram esta relação, dando um papel de destaque em algum momento de suas obras.

O objetivo principal de *The Media and Modernity* era duplo. Em primeiro lugar, eu queria colocar o estudo da mídia onde, a meu ver, ele pertence verdadeiramente: no âmago do estudo das sociedades modernas. Por muito tempo a mídia vem sendo considerada uma região um tanto periférica da vida social, de importância secundária com relação às instituições essenciais das sociedades modernas tais como o Estado, a economia, a família e assim por diante. (THOMPSON, 2014, p. 8)

A análise do desenvolvimento dos meios de comunicação é essencial para compreender de que forma ocorre a conexão entre estes e as transformações paradigmáticas na estrutura do Estado, pois apesar desta ter sido uma temática, em regra, omitida, como pode se observar no tópico anterior, é de fundamental relevância o entendimento das mudanças a partir da inserção dos *media* na sociedade, problematizando se os acontecimentos teriam evoluído desta forma sem a presença daqueles.

Eu queria mostrar que se, desejássemos entender o que ocorreu com as sociedades modernas desde que elas surgiram pela primeira vez na Europa do final da Idade Média e do começo da Idade Moderna, seria preciso atribuir um papel muito mais importante à ascensão das instituições da mídia e à expansão gradual das redes de fluxo de comunicação e informação, desde as primeiras máquinas tipográficas na Europa do final do século XV até os dias atuais conglomerados da comunicação. (THOMPSON, 2014, p. 8)

O primeiro episódio em que, segundo alguns autores, é possível visualizar a interferência dos *media* nesse processo ocorre durante a reforma protestante, em que houve a propagação das teses de Lutero por toda a Europa, possibilitando a reestruturação não apenas da Igreja, mas do Estado, uma vez que estas teses foram traduzidas para vários idiomas, auxiliando na formação de um caráter nacional, pois os diversos povos não estavam mais submetidos à preponderância do latim, como língua oficial, tendo este fato sido determinante para a compreensão dos Estados Nacionais, em virtude da consolidação de uma identidade particular a cada região.

É certamente plausível sugerir que a formação das comunidades nacionais, e do moderno sentido distintivo de pertença a uma particular nação territorialmente situada, estava ligada ao desenvolvimento de novos sistemas de comunicação que possibilitavam a partilha de símbolos e crenças expressas numa língua comum – isto é, compartilhar o que poderia de uma maneira geral ser chamado de uma tradição nacional – ainda que os indivíduos nunca tenham interagido diretamente. (THOMPSON, 2014, p. 95)

Além deste primeiro momento em que se pode interpretar a influência mediática nas mudanças estatais, é adequado mencionar também de que forma auxiliou na disseminação de novos ideais quanto ao Estado, com base nos contratualistas, permitindo um ambiente fecundo para as reformas.

Nessa trajetória, a esfera pública surgiu como um espaço de discussão e exercício da crítica, independente da (ou que não segue puramente a) lógica do mercado e do Estado, e que foi capaz de impulsionar, a partir de sua eficácia política, os desdobramentos necessários para a democratização das formas pré-burguesas de dominação, racionalizando o poder vinculando a dissolução da dominação à visão de uma publicidade, baseada no discurso crítico e racional. (LUBENOW, 2012, p. 220)

Estas discussões foram o germe das lutas políticas nos anos seguintes, culminando na revolução francesa e americana e consecutiva garantia dos direitos humanos. Em todo o processo de desenvolvimento histórico, a participação dos meios de comunicação foi essencial para a construção de uma realidade possível, de embates e diálogos, em que a provável censura à liberdade de expressão era contrária a todo um ideal democrático e de emancipação. Poder expressar seus pensamentos, discutir com outros, encontrar denominadores comuns ou não, rever pensamentos a partir de uma nova argumentação, é o processo natural de crescimento de qualquer povo, tendo os *media*, ainda que na sua forma mais primitiva, propiciado isto.

Até mesmo quando se fala da apresentação de ideologias, é indispensável haver tolerância, mesmo com as mais diversas, ainda que lesivas em alguns casos, para atingir um ambiente em que os discursos sejam feitos, ainda que combatidos pelos princípios da maioria ou de alguns poucos esclarecidos.

Após o período contratualista, houve a proliferação de diversos pensadores com teorias diferentes e contraditórias entre si. Todavia, a existência delas somente reforça a construção de argumentos sólidos para a consolidação de suas convicções.

Da ideia de um Estado de justiça social, de igualdade, a um regime totalitário e agressor, os pensadores modernistas refletiam sobre a sociedade, o governo, divulgando suas reflexões por meio de livros, jornais, artigos, constituindo uma classe contestadora, apta a rebelar-se contra a estrutura de dominação vigente à época. “(...) surge a esfera pública política, que se vale da imprensa para, através da edição de folders e periódicos, disseminar as ideias e os ideais ligados às diferentes tendências políticas presentes”. (HANSEN, 2012, p. 186)

A essencial presença dos meios de comunicação no desenvolvimento político é somente um viés deste aspecto. Além da mudança das formas de apresentação do Estado, estudar-se-á, no tópico seguinte, como os meios de comunicação provocaram alterações na relação entre

governantes e governados, através do novo contexto de visibilidade, que causou profundas mudanças na interação e na noção de espaço, aproximação ou distanciamento entre eles.

#### 2.4- INFLUÊNCIA DOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO NO PROCESSO POLÍTICO

O desenvolvimento dos meios de comunicação não somente tornou o poder visível de muitas maneiras, mas o fez numa escala nunca antes experimentada: hoje a visibilidade mediada é efetivamente global em alcance. (THOMPSON, 2014, p. 27)

Inicialmente, com a limitação dos meios de comunicação a relação entre governantes e governados envolvia os dois estarem presentes no mesmo lugar. Ou seja, o governante era visível somente para alguns. Todas as relações valiam-se, em regra, da interação direta, tendo os governantes um grande distanciamento com relação aos seus súditos.

“Nas sociedades antigas e medievais era muito raro – ou até impossível – que a maioria das pessoas visse os membros mais poderosos do governo” (THOMPSON, 2014, p. 13)

Porém, o avanço dos meios de comunicação, ainda que em sua fase primitiva, da impressão, não trouxe somente modificações na sociedade, tornou a imagem do poder diferente, em vários aspectos, tanto positivos como negativos, mas presentes estes últimos efeitos na atualidade.

Houve, neste momento, o controle destes meios para a finalidade estatal, além da religiosa, que já se utilizava deste para a disseminação de sua doutrina, havendo censura quanto às demais matérias.

“Entrementes, maior peso tinha o interesse das novas autoridades que logo passaram a tornar a imprensa útil às intenções da administração. (...) se servirem desse instrumento a fim de tornar conhecidos os decretos e as portarias (...)”. (HABERMAS, 2003b, p. 35). Lembrando que estas publicações se dirigiam a um determinado “público” que sabia ler, pois a educação era privilégio de poucos.

Na Europa do princípio da Idade Moderna, os governantes passaram então a usar os novos meios de comunicação impressa não apenas como um veículo para a promulgação de decretos oficiais, mas também como um instrumento para a fabricação de uma autoimagem. (THOMPSON, 2014, p. 14)

Este é um dos pontos essenciais da transformação no uso dos meios de comunicação. Renuncia-se a uma finalidade substancialmente informativa, para um objetivo absolutamente inovador, que repercutirá nos dias atuais. Os *media* não eram mais o fim, e sim o instrumento

para um objetivo.

Conclui-se, portanto, que o Estado de certa forma estimulou o desenvolvimento dos *media* para atingir uma finalidade própria. Porém, posteriormente, não conseguiu deter o crescimento destes e nem impediu que se voltassem contra si, combatendo-o.

Contudo, a visibilidade fornecida funcionou simultaneamente para propagar o poder e tornar visíveis os líderes a “todos”, e não somente a um grupo extremamente restrito.

O alheamento impessoal da maioria dos líderes políticos no passado foi cada vez mais substituído por um tipo de intimidade mediada pela qual os políticos podiam se apresentar não só como líderes, mas também como seres humanos capazes de se dirigir aos súditos como cocidadãos, compartilhando seletivamente aspectos das suas vidas e de seu caráter de uma maneira coloquial ou até confessional. (THOMPSON, 2014, p. 14)

Porém, é claro que esta visão<sup>3</sup> não será somente positiva. Apesar da capacidade de influência maior, os políticos estão mais sujeitos a escândalos, uma vez que esta visibilidade não pode ser controlada totalmente, especialmente no momento atual, em que através dos meios tecnológicos, tudo pode ser filmado, fotografado, ouvido, sendo disponibilizado através da rede a um número quase infinito de sujeitos.

A questão da prestação de contas, da responsabilidade pública das pessoas públicas – nomeada aqui pelo termo inglês (talvez intraduzível) *accountability* –, é, portanto chave para a qualificação da moderna democracia, porque se refere ao real funcionamento das suas instituições e ao rendimento que elas trazem ou não àqueles a cuja soberania e interesse o sistema deve se submeter. (LATTMAN-WELTMAN, 2003, p. 149)

O surgimento do jornalismo como profissão também vai alterar o modo das notícias chegarem à população de maneira geral. Começando em um jornalismo investigativo para, posteriormente, buscar a vida privada dos políticos (em especial nos períodos de eleição).

À parte o reconhecimento de que toda a relação entre principais e agentes – no regime democrático básico, representados e representantes – é mediada e condicionada pela qualidade da informação pertinente disponível para os primeiros – e, portanto, que a possibilidade de um representado só pode se dar em benefício do primeiro, e da forma mais virtuosa para a sociedade, se o principal tiver os necessários subsídios informacionais –, praticamente não se encontram análises mais abrangentes das características, mesmo típico-ideais, dessa informação e das condições para sua produção, troca e disseminação (LATTMAN-WELTMAN, 2003, p. 151)

Destacar-se-á ainda a vinculação do Estado com as empresas controladoras dos *media* e o investimento que é feito por aquele nestas. Este fato marca toda a imagem de suposta

---

<sup>3</sup> Se a visibilidade, por si mesma, já representa um palco que, somado à competência teatral do ator, pode constituir um enorme poder simbólico, sabe-se claramente que há visibilidades desejáveis e, outras, indesejadas. De forma que não há negociação no interior do jogo político que não considere o risco de exposição negativa que comporta. (GOMES, 2004, p. 119)

transparência e independência dos meios de comunicação frente ao Estado, impedindo que se construa (com raras exceções) um ambiente de confiabilidade nas notícias que são narradas, que são extremamente diversas a partir do referencial que se adote, e a que está vinculado.

## 2.5 – NOVO PARADIGMA

Os *Media* inauguram um novo modelo de relação entre os indivíduos, pois não exige mais que eles estejam no mesmo espaço físico para se comunicarem, a interação direta ou imediata, assim como modifica o próprio conceito e o caráter desta, propiciando alterações em todos os aspectos da vida, espécies tipos de interação que são produzidos por estes. (LUHMANN, 2005, p. 17)

Primitivamente, há somente a “interação face a face” que “acontece num contexto de copresença; os participantes estão imediatamente presentes e partilham um mesmo sistema referencial de espaço e de tempo”. (THOMPSON, 2014, p. 120). Esta modalidade de comunicação talvez seja o que mais representa na sua essência esta natureza, a realidade de interagir, pois guarda um caráter dialógico, isto é, envolve um emissor e um receptor em um fluxo contínuo de mensagens. A comunicação, no seu aspecto simples ou em comunidades desta natureza, envolve uma via de mão dupla, até porque se observa a presença de dois atores dentro desta relação.

Posteriormente, há o aparecimento da “interação mediada”, que ainda guarda semelhanças com a interação direta, quanto ao caráter dialógico, apesar de apresentar-se de maneira diferente, pois utiliza meios técnicos para relacionar-se à distância com outra pessoa, como o papel, o telefone e atualmente a internet, não exigindo o compartilhamento do mesmo contexto físico. Com este distanciamento, perde-se certas características da interação direta, como a utilização de gestos ou expressões, ou ainda de um certo tom de voz, no caso das cartas, a fim de expressar sua vontade ou a mensagem que se deseja enviar, porém, ainda cultiva a presença de dois atores.

Por fim, tem-se a “interação quase mediada”, “o tipo de relacionamento social estabelecido pelo uso de meios como livros, jornais, rádio, televisão, etc. – aquilo que é normalmente descrito como “mídia de massa””. (THOMPSON, 2014, p. 9). Neste caso, há uma completa renovação da ideia da conversação e comunicabilidade, pois não há o diálogo, como nas duas primeiras espécies de interação, e sim um fluxo único de comunicação, com uma extensa quantidade de informação, para um número ilimitado de receptores.

(...) a quase interação mediada é monológica, isto é, o fluxo da comunicação é predominantemente de sentido único. O leitor de um livro, por exemplo, é

principalmente o receptor de uma forma simbólica cujo remetente não exige (e geralmente não recebe) uma resposta direta e imediata. (...) ela não tem o grau de reciprocidade interpessoal de outras formas de interação, seja mediada ou face a face, mas é, não obstante, uma forma de interação. Ela cria um certo tipo de situação social na qual os indivíduos se ligam uns aos outros num processo de comunicação e intercâmbio simbólico. (THOMPSON, 2014, p. 122)

Estes dois últimos modelos de interação alteram a noção de espaço e tempo consideravelmente, tendo os indivíduos que se adaptarem a esta nova situação. Porém, as duas modalidades possuem características e finalidades absolutamente diversas, que impactam sobre a sua influência dentro da realidade. Enquanto na primeira, o contato é por muitas vezes utilizado em aspectos privados da vida particular, ou seja, um número determinado de pessoas, no segundo, o alcance é indeterminado, produzindo reverberações no modo de pensar e de agir dos indivíduos. Há ainda mais algumas dessemelhanças, que acarretam efeitos, inclusive, no uso da expressão “comunicação”, relacionando-as à complexidade da sociedade.

Enquanto que a interação mediada é dialógica por natureza e envolve um fluxo de comunicação em dois sentidos, a quase interação mediada é normalmente monológica (THOMPSON, 2014, p. 10). Em virtude disso, há uma resistência quanto ao uso daquela expressão<sup>4</sup> (comunicação), substituindo-a por difusão, transmissão, que corresponderia ao sentido mais legítimo desta operação, ou então, como será discutido mais à frente, à autorreprodução do sistema comunicacional.

É decisivo, em todos os casos, o fato de não poder ocorrer, nas pessoas que participam, nenhuma interação entre emissor e receptor. A interação torna-se impossível pelo fato de ocorrer a interposição da técnica e isso tem consequências de longo alcance que definem para nós o conceito de meios de comunicação. (LUHMANN, 2005, p. 17)

Portanto, “com o desenvolvimento dos meios de comunicação, a visibilidade se libertou das propriedades espaciais e temporais do aqui e do agora.” (THOMPSON, 2014, p. 12)

É indispensável dispor que uma espécie de interpretação não exclui a outra na vida diária dos indivíduos. Elas convivem bem para a construção de um mundo que não está mais circunscrito às noções espaciais ou temporais, mas que vai adiante em constante aperfeiçoamento.

O surgimento histórico da interação e quase interação mediada não se deu em detrimento da interação face a face. Em alguns casos, a difusão dos produtos da mídia estimulou as situações de interação face a face – como já vimos, por exemplo, nos livros que eram lidos em voz alta para indivíduos que se reuniam para ouvir o mundo escrito. (THOMPSON, 2014, p. 125)

---

<sup>4</sup> Além disso, essa nova forma de visibilidade mediada já não é recíproca por natureza. (THOMPSON, 2014, p. 12)

Porém, deve-se reconhecer que a libertação das fronteiras espaciais, assim como a mudança na lógica da comunicação, garantiu uma maior liberdade ao indivíduo, permitindo que ele ampliasse o número de expectativas e possibilidades além das que seriam esperadas em uma conversação normal, em que as respostas deveriam ter imediata ligação com a mensagem anterior.

Por meio da interrupção do contato direto garante-se por um lado, o alto grau de liberdade da comunicação. Com isso surge um excedente de possibilidades comunicacionais que só pode ser controlado dentro do sistema por meio da auto-organização e de reconstruções da realidade que lhe são próprias. (...) Cada participante tem a oportunidade de extrair da oferta aquilo que lhe convém ou aquilo que em seu meio (por exemplo, como político ou como professor) acredita precisar saber. (LUHMANN, 2005, p. 17-18)

E especialmente, nesta modalidade de interação, a afirmação feita acima se intensifica, pois, como se disse antes, “a mensagem recebida não é a mesma transmitida”.

“A rigorosa limitação das possibilidades de uma continuação razoável da comunicação mostra ao sociólogo que, sem outras diferenciações sistêmicas, a complexidade que a sociedade irá atingir só poderá ser muito baixa.” (LUHMANN, 2005, p. 35)

## 2.6– COMUNICAÇÃO DE MASSA

Mas quando nós usamos o termo “meios de comunicação” quase sempre pensamos num conjunto mais ou menos específico de instituições e produtos: livros jornais, programas de rádio e de televisão, discos, filmes, e assim por diante. Isto é, pensamos num conjunto de instituições e produtos que são comumente agrupados sob a etiqueta “comunicação em massa”. (THOMPSON, 2014, p. 50)

Mas porque na atualidade estes são denominados, em regra, de meios de comunicação em massa? A primeira ideia relacionada a esta terminologia seria de algo acessível a todos, à coletividade. Porém, inicialmente, ficava acessível somente a alguns, seja em virtude da limitação dos meios técnicos de reprodução, seja posteriormente em virtude da educação ser privilégio de um pequeno grupo, pois mesmo antes da impressão, quando se colocavam placas escritas a mão em lugares da cidade para todos lerem, só ia ser possível, se soubessem ler.

Durante as fases iniciais do desenvolvimento da imprensa escrita periódica, e em alguns setores da mídia hoje (por exemplo, algumas editoras de livros e revistas), a audiência foi e permanece relativamente pequena e especializada (THOMPSON, 2014, p. 50). Então, não é importante que somente um pequeno grupo possa usufruir desta comunicação, mas sim estar disponível a uma grande pluralidade de indivíduos.

Porém, Thompson faz uma crítica a esta expressão que foi utilizada por Habermas no livro *A mudança estrutural da esfera pública* (2003), que será discutido em tópico próprio sobre

o conceito de esfera pública. Pois esta expressão leva ao erro, compreendendo a massa como “um vasto mar de passivos e indiferenciados indivíduos.” (THOMPSON, 2014, p. 51).

Esta é a imagem associada a algumas das primeiras críticas à cultura de massa e à sociedade de massa, críticas que geralmente pressupunham que o desenvolvimento da comunicação de massa tinha um grande impacto negativo na vida social moderna, criando um tipo de cultura homogênea e branda, que diverte sem desafiar, que prende a atenção sem ocupar as faculdades críticas, que proporciona gratificação imediata sem questionar os fundamentos desta gratificação.”(THOMPSON, 2014, p. 51)

Seguindo este posicionamento equivocado, Lubenow (2012) diz, ao analisar o texto de Habermas, que “os meios de comunicação são responsáveis pela despolitização da esfera pública e o engendramento do consumo” (2012, p. 215). Ou seja, que a sua natureza seria de manipulação e subtração do caráter crítico que existia, especialmente, na sociedade moderna.

A esfera pública, espaço onde se dão os debates para a formação da opinião pública (sentido crítico), sofre mudanças e, com isso, uma nova concepção (sentido manipulativo) a esfera pública manipulada não é lugar para que a racionalidade emancipatória aconteça. Este diagnóstico negativo – da subversão do princípio crítico da esfera pública numa esfera pública despolitizada, infiltrada pelo poder e dominada pelos meios de comunicação de massa – mostrou os problemas estruturais de uma esfera pública incapaz de ser um critério de regulação racional dos conflitos existentes. (LUBENOW, 2012, p. 216)

Porém, não é este sentido que se pretende dar aos meios de comunicação em “massa”, apesar de ser explicitado, mais detalhadamente, adiante. Os meios de comunicação estabelecem o fluxo em uma só direção<sup>5</sup>. “É decisivo, em todos os casos, o fato de não poder ocorrer, nas pessoas que participam, nenhuma interação entre emissor e receptor” (LUHMANN, 2009, p. 17). Isto, porém, não significa que os destinatários dos meios sejam passivos simplesmente.

Os receptores das mensagens da mídia não são parceiros de um processo de intercâmbio comunicativo recíproco, mas participantes de um processo estruturado de transmissão simbólica. Daí o motivo por que geralmente falarei de “transmissão” ou “difusão” das mensagens da mídia, mais de comunicação como tal. (THOMPSON, 2014, p. 52)

Tudo o que é recepcionado por este grupo é interpretado, fornecendo por este, um sentido próprio. “Cada participante tem a oportunidade de extrair da oferta aquilo que lhe convém ou aquilo que em seu meio (por exemplo, como político ou como professor) acredita precisar saber.” (LUHMANN, 2005, p. 18). Porém, não envolve comunicação, pois nesta compreende-se o diálogo, o que em regra não há no caso, a partir da lógica de Lubenow.

Thompson lista cinco características da comunicação de massa, são elas:

Esta comunicação envolve a utilização de meios técnicos de produção e difusão, que

---

<sup>5</sup> Com muitas formas de comunicação de massa, entretanto, o fluxo de comunicação é esmagadoramente de sentido único (THOMPSON, 2014, p. 51)

garantem que esta esteja à disposição de um grande número de pessoas. Há uma constante evolução na utilização destes meios, que garantem sempre o maior alcance e fixação da mensagem veiculada<sup>6</sup>. Segundo Luhmann,

A realidade dos meios de comunicação, sua realidade real, pode-se dizer, consiste em suas próprias operações. Imprime-se e difunde-se. Lê-se. Emissões são recebidas. Inúmeras comunicações envolvendo a preparação e a discussão subsequente cobrem esse acontecimento. O processo de difusão, contudo, só é possível por meio da tecnologia. Seu modo de trabalho estrutura e limita aquilo que é possível como comunicação de massa. (LUHMANN, 2005, p. 18)

A segunda característica refere-se à mercantilização ou valorização das formas simbólicas. Neste processo, há a atribuição, primeiramente, de um valor simbólico e posteriormente de um valor econômico, possibilitando a estas serem permutadas no mercado. Cada meio de comunicação possui um valor próprio, inerente a sua natureza, que estaria relacionada ao interesse que este produz e à capacidade, em uma sociedade capitalista, de fazer publicidade.

A terceira característica da comunicação de massa é que ela estabelece uma dissociação estrutural entre a produção das formas simbólicas e a sua recepção (THOMPSON, 2014, p. 55), ou seja, há uma segregação entre o espaço de produção e o espaço de recepção, o que reforça a ideia do autor quanto à “transmissão” ou “difusão”, refutando a existência de comunicação, uma vez que aquela se dá em um único sentido, e esta necessitaria de interação. Ainda destaca que os receptores de mensagens estão no polo mais vulnerável desta relação, pois não tem controle ou poder para opinar sobre o que será transmitido.

Para a diferenciação autofortificada de um sistema dos meios de comunicação, pode-se dizer que a aquisição decisiva foi a invenção de tecnologias de difusão, **que não apenas poupa uma interação entre os presentes, mas a exclui eficazmente, no que se refere às próprias comunicações dos meios de comunicação.** (LUHMANN, 2005, p. 36, grifo nosso)

A escrita isoladamente, não teve esse efeito, pois foi concebida no início apenas como apoio da memória para a comunicação primariamente oral. Somente a impressão de livros multiplicou o bem literário de maneira bem acentuada, de forma que se tornou impossível uma interação oral efetiva de todos os participantes, assim como uma interação visual. (LUHMANN, 2005, p. 36)

Uma quarta característica da comunicação de massa é a extensão da disponibilidade das formas simbólicas no tempo e no espaço (THOMPSON, 2014, p. 56). O distanciamento entre estes dois polos desiguais, produção e recepção, cresce à medida que são adotadas novas técnicas capazes de aumentar ainda mais a disposição destes bens simbólicos aos indivíduos de

---

<sup>6</sup> (...) o desenvolvimento das indústrias da mídia, isto é, das numerosas organizações que, desde a Idade média até os nossos dias, têm se interessado pela exploração comercial das inovações técnicas, tornou possível a produção e a difusão generalizada das formas simbólicas (THOMPSON, 2014, p. 53)

maneira geral.

Por fim, a última característica está ligada à circulação pública das formas simbólicas, que por ser disponível a um número indefinido de sujeitos, possui um caráter público, ou seja, aberto, acessível a todos.

Os produtos da mídia são disponíveis, em princípio, a uma pluralidade de destinatários. Eles são produzidos em múltiplas cópias ou transmitidos para uma multiplicidade de receptores, e permanecem disponíveis a quem quer que tenha os meios técnicos, as habilidades e os recursos para adquiri-los (THOMPSON, 2014, p. 57)

E, sobre este caráter público trabalharemos mais adiante, estabelecendo sua origem e suas diversas acepções ao longo do desenvolvimento da sociedade.

## 2.7 - MEIOS DE COMUNICAÇÃO: INFLUÊNCIA OU MANIPULAÇÃO?

Aquilo que sabemos sobre a nossa sociedade, ou mesmo sobre o mundo no qual vivemos, o sabemos pelos meios de comunicação. Tudo o que se conhece, faz-se através do que ouviu, leu ou viu a respeito. Por outro lado, sabemos tanto sobre os meios de comunicação que não confiamos nessa fonte. (LUHMANN, 2005, p. 16)

Como dito acima, tudo o que se conhece ou se sabe, se tem conhecimento a partir dos meios de comunicação<sup>7</sup>, sejam escritos, visuais ou virtuais. Estes informam fatos verdadeiros ou não, de maneira contínua.

No discurso clássico da verdade, mas também no entendimento cotidiano da verdade, as pessoas iriam se interessar em saber se aquilo que os meios de comunicação informam é ou não verdadeiro. Ou se é meio verdade, meio não-verdade, pois “manipula-se”. Mas como se pode constatar isso? Em casos isolados, isso pode ser possível para um ou outro observador e especialmente para os sistemas dos quais se informa, mas para a massa das comunicações que diariamente são transmitidas isso é naturalmente impossível. (LUHMANN, 2005, p. 20-21)

Os meios de comunicação têm uma dimensão simbólica irreduzível: eles se relacionam com a produção, o armazenamento e a circulação de materiais que são significativos para os indivíduos que os produzem e os recebem. (THOMPSON, 2014, p. 35)

Os indivíduos se ocupam constantemente com as atividades de expressão de si mesmos em formas simbólicas ou de interpretação das expressões usadas pelos outros; eles são continuamente envolvidos na comunicação uns com os outros e na troca de informações de conteúdo simbólico (THOMPSON, 2014, p. 42)

O meio que é utilizado para propagar uma informação garante um maior ou menor público, ou uma maior ou menor divulgação a partir dele. A máquina impressora garantiu uma maior reprodução de mensagens e por consequência, um maior alcance destas. Porém a maior

---

<sup>7</sup> “Tudo o que sei é somente o que li nos jornais (LIPPMANN, 2010, p. 29)

reprodução, no começo, estava relacionada apenas ao aspecto comercial e não à expressão de poder simbólico, através de divulgação de ideias.

E, como já exposto, os meios de comunicação alteraram a noção de espaço, garantindo um certo distanciamento espaço-temporal, modificando o exercício do poder de certos indivíduos, uma vez que podem influenciar acontecimentos ainda que distantes do lugar em que ocorre os fatos.

Imprescindível afirmar que tudo o que se sabe ou se tem como conhecimento na atualidade, em regra, é informado a partir dos meios de comunicação, tanto no âmbito nacional como no internacional. Guerras, crises econômicas, aumento da criminalidade, poluição no meio ambiente, entre outros temas. Em virtude disto, é importante analisar se o que está sendo informado é realmente o que está acontecendo ou uma interpretação disto, e de que forma há a influência<sup>8</sup> entre o que se tem como prioridade, a partir do que foi noticiado.

Uma das maiores preocupações é que se construa um ambiente desconexo com a realidade, influenciando tomadas de decisões fundamentadas em fatos distorcidos. Porém, não somente isso, que a partir de sucessivas notícias a respeito de um determinado tópico, crie-se uma problemática inexistente, levando o Estado a agir, não democratizando, de maneira adequada, as informações ao público em geral.

Defendemo-nos suspeitando haver manipulação, fato este, contudo, que não conduz a nenhuma consequência mencionável, pois o conhecimento extraído dos meios de comunicação reorganiza-se, como por si mesmo, numa armação que se autofortifica. (...) **Pretende-se envolver todo o conhecimento com a etiqueta de duvidoso – mas, mesmo assim, tem-se que se basear nele, ligar-se a ele.** (LUHMANN, 2005, p. 16-17, grifo nosso)

Então, em princípio, é importante concluir que toda a informação que é repassada é uma notícia de segunda mão, ou seja, que alguém tomou conhecimento e narrou, baseando-se não somente no fato, mas, especialmente, em toda percepção sobre a temática de quem soube deste primeiramente, podendo até mesmo deturpar os fatos se começar seu exame de uma pré-compreensão incorreta.

Portanto, é necessário acentuar que como os meios de comunicação estão ao alcance de todos, a linguagem utilizada também deve ser acessível à coletividade, ou seja, não se deve utilizar um vocabulário técnico e rebuscado e sim um padrão de fala ou escrita que atice o interesse do leitor ou receptor, ao invés de afastá-lo. Luhmann utiliza como exemplo a Aids, em que dispõe que:

---

<sup>8</sup> (...) cientistas sociais em todo o mundo têm elaborado sobre a capacidade que os *mass media* têm de influenciar muitos aspectos de nossas agendas política, social e cultural (MCCOMBS, 2009, p. 8)

Um tema como a Aids não é produto próprio dos meios de comunicação. Ele é apenas aproveitado por eles, mas é tratado de tal forma e exposto a uma trajetória temática que não pode ser explicado nem com base nos diagnósticos médicos nem na comunicação entre médicos e pacientes. (LUHMANN, 2005, p. 30-31)

Logo, é indispensável a utilização de um palavreado que possibilite a compreensão de a quem se destina a notícia. Termos especificamente médicos estão fora do alcance de uma grande parte da sociedade, assim como algumas expressões jurídicas, não sendo utilizados na hora de informar, pois o que se busca, além do fato, é que surja um interesse naquela notícia que está sendo transmitida, pois, em virtude disso, determinar-se-á a quantidade de vezes que aquela será repetida.

Principalmente a recursividade pública do tratamento de temas, isto é, o pré-requisito do já-ser-conhecido e da necessidade de se ter informações, é produto típico e exigência de continuidade da comunicação dos meios de massa; e esse asseguramento da recursividade pública rebate, por seu lado, de volta sobre as comunicações no ambiente dos próprios meios de comunicação – por exemplo, sobre a pesquisa médica da indústria farmacêutica, que extrai bilhões em rendas dos testes obrigatórios, politicamente ordenados. (LUHMANN, 2005, p. 31)

A forma, o estilo que a notícia é difundida (transmitida) é essencial não apenas para o alcance, como também pelo poder de influência que esta terá na sociedade. Tudo isto é planejado, de maneira consciente ou não, no ato de propagação da informação, produzindo imediatamente após a divulgação de certas notícias, um comportamento social em massa.

A concentração de poder comunicacional origina a necessidade de se utilizar mensagens passíveis de serem compreendidas por todos, o que conduz à massificação do receptor. Esta seria na realidade, a essência da ordem social: “nivela o destinatário da ordem com a plaina da obediência. Os chamados grandes informadores trabalham sobre a base de entrega dos cérebros. Portanto, não se trata propriamente de “comunicação”, porque não há resposta. Trata-se de um trabalho de engenharia social no qual a ordem permanece oculta e a obediência tem raízes subliminares. (CASTRO, 2005, p. 201)

Para gerar a audiência em torno de um fato, os temas devem ser escolhidos com cuidado, sabendo de antemão que certas áreas produzem mais fascínio que outras. Além disto, ao informar, os meios de comunicação fazem um quadro hierárquico, dispondo quais notícias devem ter mais destaque em relação às outras.

Na sua seleção diária e apresentação das notícias, os editores e diretores da redação focam nossa atenção e influenciam nossas percepções naquelas que são as mais importantes questões do dia a dia (MCCOMBS, 2009, p. 17-18), pela percepção ou olhar deles. E, obviamente, sabe-se que alguns assuntos têm um público bem extenso. Por exemplo, a criminalidade e o infrator são um dos temas mais procurados nos jornais e meios de comunicação de maneira geral, sendo uma abordagem que nunca pode faltar ao estudo dos crimes, cabendo aos jornalistas a seleção

deles.

Muito antes dos *mass media* contemporâneos estimularem a preocupação sobre o crime na mente do público, um axioma do jornalismo dos tabloides era “Dê-me trinta minutos na estação de polícia para passar os olhos nos registros de ocorrência dos crimes, e eu lhe darei uma onda de crimes”. (MCCOMBS, 2009, p. 54)

Tendo em vista que os meios de comunicação trabalham em torno de um binômio (informação/não informação), e audiência/não audiência, a ordem das notícias ou a repetição delas, como disposto acima, influenciam a percepção da veracidade da realidade. “A informação fornecida pelos veículos noticiosos joga um papel central na constituição de nossas imagens da realidade. E, além disso, é o conjunto total da informação fornecida pelos veículos noticiosos que influencia estas imagens”. (MCCOMBS, 2009, 24)

A mídia não fala da destruição do meio ambiente, das doenças tradicionais, das carências em outros sentidos. A única coisa que chama a atenção são as pessoas mortas por roubo. Mortos por roubo, pelo menos no meu país, temos poucos. A grande maioria dos homicídios é de pessoas que se conhecem. A primeira causa de morte violenta, na Argentina, é o trânsito. A segunda é o suicídio; a terceira, homicídio entre pessoas que se conhecem; em quarto, muito longe, vem homicídio por roubo. Mas nas manchetes dos jornais o que sai é homicídio por roubo. Ou seja, a primeira ameaça é atravessar a rua. A segunda é o medo, a depressão, psicose, melancolia; o terceiro é a família, os amigos, e no final, os ladrões. Essa é a realidade das mortes violentas na Argentina. E nem estamos falando de mortos por doenças que poderiam ser curadas se as pessoas fossem atendidas adequadamente.” (ZAFFARONI, 2009, s/p)

Conclui-se, com base no disposto acima, que se constrói, neste caso, uma concepção de realidade que não corresponde com a verdade, porém, produz nas pessoas um sentimento imediato de insegurança, e uma cobrança de resposta do Estado quanto às notícias expostas.

A opção por focar em certa modalidade criminosa em detrimento de outras, conferindo realce ou não ao que considerar adequado, isto é, noticiando na primeira página, ou em algum canto da terceira página, reproduzindo uma única vez nos jornais, ou fazendo isso por dias seguidos, origina uma resposta do público<sup>9</sup>. Este organiza as suas prioridades de forma semelhante ao disposto nos *media*, logo, há comprovações de correspondências entre o mediático e o social.

A matéria principal da p. 1, a página de capa *versus* a página anterior, o tamanho do título, e mesmo o tamanho de uma matéria comunicam a saliência dos tópicos da agenda noticiosa. (...)

---

<sup>9</sup> Os públicos usam estas saliências da mídia para organizar suas próprias agendas e decidirem quais assuntos são os mais importantes. (...) A agenda da mídia torna-se, em boa medida, a agenda do público. Em outras palavras, os veículos jornalísticos estabelecem a agenda pública. Estabelecer esta ligação com o público, colocando um assunto ou tópico na agenda pública de forma que ele se torna o foco da atenção e do pensamento do público – e, possivelmente, ação – é o estágio inicial na formação da opinião pública (MCCOMBS, 2009, p.18)

Em outras palavras, os veículos jornalísticos estabelecem a agenda pública. Estabelecer esta ligação com o público, colocando um assunto ou tópico na agenda pública de forma que ele se torna o foco da atenção e do pensamento do público – e, possivelmente, ação – é o estágio inicial na formação da opinião pública. (MCCOMBS, 2009, p. 18)

Um dos estudos iniciais a respeito da influência dos *media* foi a análise de eleitores indecisos durante o período eleitoral, grupo que supostamente estaria mais sujeito à influência dos *media*. Depois disto, “esta teoria expandiu-se para incluir proposições sobre as condições contingentes destes efeitos, as influências que estabelecem a agenda da mídia, o impacto dos elementos específicos das mensagens da mídia, e uma variedade de consequências deste agendamento”. (MCCOMBS, 2009, p. 8-9)

Com relação à pesquisa, a tese do agendamento pode ser confirmada, pois se observou uma compatibilidade entre a agenda mediática e a agenda do público, demonstrando que o interesse sobre certos assuntos crescia a partir da sua exposição nos meios de comunicação.

Cinco temas dominaram as agendas midiática e pública durante a campanha presidencial dos Estados Unidos em 1968 – a política externa, a ordem interna, economia, o bem-estar social e os direitos civis. Havia quase uma correspondência perfeita entre os rankings destes temas entre os eleitores de Chapel Hill e seus rankings baseados na apresentação destes temas pelos veículos noticiosos durante os vinte e cinco dias prévios. O grau de importância dado a estes cinco temas pelos eleitores aproximou-se muito do grau de proeminência nas notícias. **Em outras palavras, a saliência dos cinco temas –chave entre os eleitores indecisos era virtualmente idêntico à saliência destes temas na cobertura das notícias nas semanas recentes.** (MCCOMBS, 2009, p.23, grifo nosso)

Com base no narrado acima, observa-se que há a interferência dos meios de comunicação no que o público considera relevante e tem como prioridade na sociedade. Todavia, esta influência não se relaciona apenas com o público, sendo essencial observar, dentro deste contexto, de que forma ocorre a relação entre os meios de comunicação e o Estado, especialmente no tocante à esfera política, em que há uma estreita relação entre eles, ainda que implícita ou oculta em certos casos.

Questiona-se, portanto, se houve manipulação das informações para atender uma demanda estatal, até porque, a coletividade, de maneira geral, como citado por Habermas em *Mudança Estrutural da Esfera Pública* (2003), que será objeto de crítica mais a frente, recebe uma informação, mas não a questiona, aceitando-se como verdadeira, a “real” tradução dos eventos.

Mills: “Numa massa, muito menos gente expressa opiniões do que as recebe, pois a comunidade do público torna-se uma coleção abstrata de indivíduos que recebem impressões dos meios de comunicação em massa. 2. as comunicações que prevalecem são organizadas de tal modo que é difícil ou impossível para o indivíduo responder de imediato ou com qualquer eficácia. 3. a efetivação da opinião em ação é controlada

por autoridade que organizam e controlam os canais de tal ação. 4. a massa não tem autonomia frente á instituições; pelo contrário, agentes de instituições autorizadas penetram essas massa, reduzindo qualquer autonomia que ela possa ter na formação de opinião através da discussão”.(MILLS *apud* HABERMAS, 2003b, p. 289)

Ao canalizar unilateralmente os fluxos de comunicação em uma rede centralizada, do centro para a periferia, de cima para baixo, os meios de comunicação de massa podem reforçar, consideravelmente, a eficácia dos controles sociais (HABERMAS, 1981, vol.2, p. 573), fortalecendo a relação existente entre políticos e profissionais do sistema dos *media*, uma vez que, segundo palavras Lubenow (2012, p. 237), a comunicação política mediada nas arenas públicas é exercida por uma elite.

Do ponto de vista da legitimidade democrática, o poder da mídia nunca permanece “inocente” na medida em que jornalistas operam dentro de um sistema da mídia funcionalmente específico e auto-regulado (...) Políticos, partidos políticos e grupos de interesse têm acesso privilegiado aos media (...) E estão numa posição privilegiada para usar técnicas profissionais para transformar poder social em poder político. (HABERMAS, 2006, p. 419)

Além das características apontadas acima, os *media* exigem uma velocidade na difusão da informação, ou seja, os acontecimentos devem ser narrados no momento em que acontecem ou logo depois, para atingir a finalidade de prender o interesse do público. Uma notícia que é dada uma semana após a ocorrência do fato não produz igual efeito. A partir desta exigência, a veracidade de certos fatos não é verificada adequadamente, produzindo enormes prejuízos quando a informação não condiz com a realidade, restando somente a retificação desta.

Os *media* vendem seu produto inculcando nas pessoas a certeza de que a velocidade é qualidade ou sinônimo de vida com qualidade, fazendo-as esquecer até mesmo o seu lado biológico, no qual o tempo é uma medida diferente. (ANDRADE, 2007, p. 19)

## 2.8- ESFERA PÚBLICA

Chamamos de “públicos” certos eventos quando eles, em contraposição às sociedades fechadas, são acessíveis a qualquer um – assim como falamos de locais públicos ou de casas públicas. Mas já falar de “prédios públicos” não significa apenas que todos têm acesso a eles; eles nem sequer precisam estar liberados à frequência pública; eles simplesmente abrigam instituições do Estado e, como tais, são públicos. O Estado é o poder público. Ele deve o atributo de ser público à sua tarefa de promover o bem público, o bem comum a todos os cidadãos. – A palavra já tem um outro significado quando se fala de “recepção pública”, em tais ocasiões, desenvolve-se uma força de representação, em cuja “natureza pública” logo entra alguma coisa de reconhecimento público. A significação também se desloca quando dizemos que alguém alcançou renome público; o caráter público do renome ou até da fama se origina de outras épocas que não as da “boa sociedade”. (HABERMAS, 2003b, p. 14)

A noção inicial que trabalharemos do “público” relaciona-se à construção da segregação

deste para o privado. Posteriormente, falar-se-á da concepção da esfera pública, da ideia de publicidade, ou seja, de acessível a todos, até chegar à opinião pública. A expressão alcança uma alta complexidade quando relacionada à sociedade burguesa, denominando-se de esfera pública burguesa. Todavia, é essencial observar a sua formação e a compreensão diversa desta, a partir da análise de cada autor.

É necessário apontar um recorte histórico nas obras que serão analisadas, especialmente do Habermas. O primeiro texto estudado será *Mudança Estrutural da Esfera Pública* de 1962 (tradução de 2003), e posteriormente *Direito e Democracia* (2003), entre outros, que apresentarão concepções diversas, uma vez que o autor reviu seus escritos posteriormente, atualizando-os à luz das críticas e de novos pensamentos.

Segundo Habermas (2003b, p. 15), “na cidade-estado grega desenvolvida, a esfera da *pólis* que é comum aos cidadãos livres (Koiné) é rigorosamente separada da esfera do *oikos*, que é particular a cada indivíduo (idia)”. Assim, a noção de público tem origem na divisão ou delimitação entre dois campos diversos: o privado e o público, o da vida particular e do ambiente comum a todos.

O caráter público, segundo Habermas (2003b, p. 15), constitui-se na conversação (lexis), que também pode assumir a forma de conselho e de tribunal, bem como a de práxis comunitária (práxis), seja na guerra, seja nos jogos guerreiros. O espaço público vai além do ambiente da casa individual e dos assuntos que competem a esta, alcançando os assuntos que interessam a toda a comunidade, porém o papel que cada indivíduo assume na comunidade depende da sua posição no espaço privado, existindo uma estreita relação entre estas duas esferas.

Na esfera pública, a visualização do todo se torna possível, tudo aparece. “Na conversação dos cidadãos entre si é que as coisas se verbalizam e se configuram; na disputa dos pares entre si, os melhores se destacam e conquistam a sua essência: a imortalidade da fama” (HABERMAS, 2003b, p. 16). A concepção de público aqui está relacionada ao reconhecimento do indivíduo frente aos outros, à ideia de representatividade pública, lembrando que mulheres e escravos não eram identificados como cidadãos.

Além da visão grega sobre público, a concepção do direito romano da *Res publica* foi transmitida para a Idade Média. Aqui, a delimitação entre o público e o privado ganha uma nova perspectiva, uma vez que há a mudança na organização do poder. Neste momento, há uma grande descentralização política nos feudos, e a modificação, por consequência, dos poderes dos reis e nobres, provocando a ascensão da Igreja católica com seu poder eclesial. Em vista disso, não há uma separação entre o público e o privado da forma que se visualiza no Estado

moderno.

O feudalismo predominante na organização das sociedades modernas, mormente na Alta Idade Média, ocasionou uma situação de descentralização política, posto que os reis, os senhores feudais e seus vassallos criaram um sistema de interdependência onde a terra era explorada de forma descentralizada, com o pagamento de tributos e taxas específica desta concessão. (HANSEN, 2012, p. 179-180)

Dentro de cada feudo, a autoridade privada e “pública” estavam reunidas na pessoa do senhor feudal, que estabelecia as regras dentro do seu território. Portanto, de certa forma, existia um poder público de segunda ordem, como denominado por Habermas (2003b), dentro de cada feudo, uma vez que os vassallos estavam submetidos ao poder daquele. Em virtude do próprio modelo, em cada unidade feudal existiam bens de uso comum e bens particulares.

Assim, parece-me compreensível que a autoridade “privada” e “pública” fundem-se numa inseparável unidade, já que ambas são a emanção de um único poder, sendo também compreensível que estejam ligadas aos bens fundiários e que possam ser tratadas como direitos privados bem adquiridos. (HABERMAS, 2003b, p. 18)

Apesar da diminuição de poder dos reis, a ideia de esfera pública, além dos feudos, não deixou de existir. “os atributos da soberania, como o selo do príncipe, não por acaso são chamados de “públicos”; não por acaso o rei inglês goza de “*publicness*” – ou seja, aí existe uma representação pública de soberania” (HABERMAS, 2003b, p. 19)

A noção de representação pública é muito diversa da utilizada por nós no contexto atual, que significa, em sua maioria, representar alguém. Naquele contexto, esta expressão está relacionada ao status do indivíduo, ou seja, a concepção de autoridade conferida a ele.

Representação no sentido de alguém ser representante da nação ou de determinados mandantes, não tem nada a ver com essa representatividade pública que se liga a existência concreta do senhor e que confere uma “aura” à sua autoridade. (...) enquanto o príncipe e seus terra-tenentes “são” o país, ao invés de simplesmente colocar-se em lugar dele, eles só podem representar num sentido específico: eles representam a sua dominação, ao invés de o fazer *pele* povo, fazem-no *perante* o povo. (HABERMAS, 2003b, p. 20)

A ideia de público, apesar de diversa do contexto atual, estaria relacionada ao rei e à nobreza, que não teria um ambiente para exercer a sua representatividade, conforme o observado pelo poder eclesial através da Igreja.

Contudo, a partir das Cruzadas, há uma alteração no modelo existente, propiciando o início da derrocada deste sistema até então vigente, em que a igreja católica tinha um controle forte sobre os comerciantes, condenando práticas mercantis. Portanto, com o nascimento do capitalismo e a ascensão do Estado Moderno ocorrerá pela primeira vez de fato (sociologicamente comprovada) a separação da esfera pública e da esfera privada.

Em alemão, só após a metade do século XVI é que também se encontra, então, a palavra “*privat*” (privado) (...). *Privat* significa estar excluído, privado do aparelho do

Estado, pois “público” refere-se entretanto ao Estado formado com o absolutismo e que se objetiva perante a pessoa do soberano. (HABERMAS, 2003b, p. 24)

Com esta alteração na economia e no Estado, o centro da produção não está mais relacionado ao lar, à casa, e sim ao mercado. Há a perda da representatividade antes existente, e a consolidação da segregação entre o antigo senhor feudal e o Estado e entre a corte e o Estado.

A igreja deixa de ser compreendida como esfera “pública” e passa a ser tratada como esfera privada, particular, uma vez que a liberdade de crença é direcionada a cada indivíduo, sem que haja imposição. Portanto, como foi dito acima, o que cabe a cada uma dessas esferas transforma-se juntamente com este novo paradigma. O “público” assume o significado de “estatal”.

Com a burocracia e o exército (em parte também com a justiça), objetivam-se as instituições do poder público perante a esfera cada vez mais privativa da corte. – Finalmente, dos estamentos desenvolve-se os elementos de dominação corporativa a órgãos do poder público, o parlamento (e, por outro lado, um poder judiciário); os elementos das corporações profissionais, à medida que são vigentes nas corporações urbanas e servem para operar distinções nos estamentos rurais, evoluem para a esfera da “sociedade burguesa”, que há de se contrapor ao Estado como genuíno setor da autonomia privada. (HABERMAS, 2012, p.25)

Com a expansão do capitalismo, as companhias de mercado prescindiam de uma estrutura estatal que as oferecesse suporte, “garantias políticas” que envolveriam força militar e acordos políticos e, em contrapartida, haveria o pagamento de impostos, uma vez que os Estados nacionais necessitavam de uma crescente quantia de dinheiro. “O Estado moderno é essencialmente um Estado de impostos”. (HABERMAS, 2003b, p. 31)

Na Inglaterra, as administrações locais são colocadas sob o controle das autoridades através do instituto do juiz de paz e, no continente europeu, segundo o modelo francês, com a ajuda da intendência.

A representatividade pública que ocorre com a mediatização das autoridades estamentais através dos senhores feudais cede espaço a uma outra esfera, que é ligada à expressão esfera pública no sentido moderno: a esfera do poder público (HABERMAS, 2003b, p. 31)

Com as críticas a diversos pontos da doutrina católica, como a acumulação de valores e a vinculação ao Estado, há a necessidade da edificação de um novo modelo religioso, tendo a reforma protestante um papel primordial neste momento histórico pois:

(...) reconstrói a interpretação teológica que tem incidência sobre as atividades econômicas e os empreendimentos mercantis, ao tomar outros textos bíblicos como referência para justificar a virtude presente na busca da riqueza e da prosperidade material como forma de valorizarmos e multiplicarmos os dons e os talentos recebidos por nós como dádiva divina (Mateus 25, 14-30) (...).

Por último, porque provoca uma crise de legitimação política do Estado em bases religiosas, porque agora surgem diferentes pretendentes a “porta-vozes” da divindade a apontar rumos distintos aos estados nacionais emergentes, de sorte que outro modo de legitimação do poder político necessita ser estabelecido. É o espaço a partir do qual se viabilizam as condições para o contratualismo moderno. (HANSEN, 2012, p. 184)

O Estado vai se direcionar aos seus súditos através dos meios de comunicação, neste caso, da imprensa. Vai utilizá-la para publicação de decretos, informativos, direcionando a um determinado “público”, que não era composto pelo homem comum, mas sim pela camada culta da sociedade.

Entretantes, maior peso tinha o interesse das novas autoridades que logo passaram a tornar a imprensa útil às intenções da administração. Só ao se servirem desse instrumento a fim de tornar conhecidos os decretos e as portarias é que o alvo do poder público tornou-se autenticamente um “**público**”. (HABERMAS, 2003b, p. 35, grifo nosso).

A esfera pública burguesa, inicialmente, constitui-se por um público restrito, de comerciantes e funcionários públicos, ainda da estrutura feudal. Ambos possuíam acesso à educação e à informação, desenvolvendo uma camada que lê o que foi disponibilizado somente para eles, uma vez que não se interessavam pela publicidade daquela.

A categoria da esfera pública burguesa refere-se a uma esfera pública política, que teve sua existência objetiva configurada a partir de uma esfera pública literária, do estabelecimento de um moderno *Publikums* literário que se constituiu em torno de conversações sobre literatura e arte (LUBENOW, 2012, p. 220).

Porém, a partir de um determinado momento, há um acirramento da relação entre o poder estatal e o “público” a quem ele se dirige, funcionando este como um dos elementos de consolidação da esfera pública burguesa.

As autoridades provocam uma tal repercussão nessa camada atingida e apelada pela política mercantilista que o *publicum*, o correlato abstrato do poder público, acaba por revelar-se conscientemente como um antagonista, como o público da esfera pública que então nascia. Ela, enquanto tal, desenvolve-se especialmente à medida que o interesse público na esfera privada da sociedade burguesa não é mais percebido apenas pela autoridade, mas também é levada em consideração pelos súditos como sendo a sua esfera própria. (HABERMAS, 2003b, p. 38)

Este conflito decorre do próprio aperfeiçoamento do público leitor, através de uma compreensão mais crítica de tudo que os cerca e da maneira que esta comunicação alcançava o indivíduo. Em tópico anterior, foi dito que muitos, por não saberem ler, reuniam-se em torno de um leitor, em cafés, bares, em casas, para assimilar o que estava sendo propagado pela imprensa.

Estas reuniões, assim como outras estabelecidas entre uma classe culta, aperfeiçoarão uma crítica literária e política, que será propagada através dos jornais, que, neste momento, já alcançavam um público leitor maior, atingindo uma “publicidade”, abordando assuntos de interesse geral, como políticos e econômicos, somados a artigos científicos produzidos por

intelectuais.

Entre o domínio privado da autoridade pública ou o estado, de um lado, e o domínio privado da sociedade civil e das relações pessoais, de outro, surgiu uma nova esfera de “público”: a esfera pública burguesa que consistia de indivíduos que se reuniam privadamente para debater entre si as normas da sociedade civil e da condução do estado. Esta nova esfera pública não fazia parte do estado, mas pelo contrário, era uma esfera em que as atividades do estado poderiam ser confrontadas e sujeitas à crítica. O meio para esta confrontação era em si mesmo significativo: o uso público da razão, articulada por indivíduos comprometidos na discussão que era em princípio aberta e irrestrita. (THOMPSON, 2014, p. 104)

O discutir o Estado, as regras impostas, além das limitações presentes, especialmente no que diz respeito à imprensa<sup>10</sup>, é uma consequência lógica deste processo, especialmente em um ambiente em que há o aparecimento de pensadores como Jeremy Bentham e Stuart Mill, que “viam na liberdade de expressão através da imprensa independente uma salvaguarda vital contra o uso despótico do poder do estado” (THOMPSON, 2014, p. 103).

A esfera pública ataca o princípio da dominação vigente, contrapondo à prática do segredo do Estado o princípio da publicidade, enfrentando, com isso, pela eficácia política, a autoridade estabelecida. Este pressuposto – a exigência da publicidade – revela uma “esfera crítica” que se apresenta na forma de opinião pública. (LUBENOW, 2012, p. 221)

Assim, através da reconstrução do conceito de “público”, foi possível identificar que este termo conquistou, em cada período histórico, um significado diferente, bem diverso do utilizado na atualidade. Esta análise é essencial para a compreensão de uma terminologia que, posteriormente, será apresentada e que constitui um dos cerne desta tese que é a “opinião pública”, pois esta, como o “público”, possui distintas definições, tendo talvez se originado a partir daquela.

Portanto, após este adendo, é de especial relevância o aprofundamento do estudo da esfera pública burguesa e a sua relação com os meios de comunicação pois, a compreensão da problematização desta tese decorre dela.

A esfera pública burguesa por ser entendida inicialmente como a esfera das pessoas privadas reunidas em um público; elas reivindicam esta esfera pública regulamentada pela autoridade, mas diretamente contra a própria autoridade, a fim de discutir com ela as leis gerais da troca na esfera fundamentalmente privada, mas publicamente relevante, as leis do intercâmbio de mercadorias e do trabalho social. (HABERMAS, 2003b, 42)

---

<sup>10</sup> Nos estados e principados da Alemanha e da Itália, o grau de controle oficial variava de um estado para outro, mas os jornais geralmente tinham mais liberdade para reportar notícias de fora do que para discutir assuntos políticos internos. Há uma força considerável no argumento de que a luta por uma imprensa independente, capaz de reportar e comentar eventos com um mínimo de interferência e controle estatais, desempenhou um papel importante na evolução do estado constitucional moderno (THOMPSON, 2014, p. 102)

Esta classe questionará a dominação estatal a partir das próprias experiências vivenciadas e apoiadas em um arcabouço teórico que lhe permite ter fundamento para resistir, pois, apesar das alterações propiciadas pela nacionalização dos Estados, a reforma protestante e a expansão comercial e de informações, há uma continuidade do sistema anterior, no que concerne a certos aspectos.

A sociedade, apesar de diferente, permanece na estrutura de Corte e Estado, aos quais constituiriam a esfera do poder público, os quais precisam de tributos frequentes para manter a continuidade desta. No outro polo, o do setor privado, havia a sociedade civil, responsável pela troca de mercadorias e de trabalho social, além da família burguesa, no espaço de intelectualidade crescente.

No centro destes dois, haveria a esfera pública política, que contesta a estrutura do poder público, sendo formada pela esfera pública literária (clubes e imprensa), além do mercado de bens culturais. “A esfera pública política provém da literária; ela intermedia, através da opinião pública, o estado e as necessidades da sociedade”. (HABERMAS, 2003b, p. 46)

Através da legitimação da esfera pública intelectualizada, há o surgimento de instrumentos adequados a fim de que o que não condiz como uma nova ideia de direito e sociedade, visualizada a partir do homem<sup>11</sup>, possa ser transformada, pois, este espaço de discussão e crítica não poderia conviver com uma estrutura absolutista, que o cercearia, e sim com um ambiente democrático, que possibilitaria a sua expansão.

Sua tarefa política é a regulamentação da sociedade civil a fim de enfrentar a autoridade do poder público estabelecido, dirigindo-se contra a concentração de poder que deveria ser compartilhado. A esfera pública ataca o princípio da dominação vigente, contrapondo à prática do segredo do Estado o princípio da publicidade, enfrentando, com isso, pela eficácia política, a autoridade estabelecida. Este pressuposto – a exigência de publicidade – revela uma “esfera crítica” que se apresenta na forma de opinião pública. (LUBENOW, 2012, p. 221)

Este processo encontrou um ambiente mais favorável na Inglaterra, em que o cerceamento à liberdade de imprensa era menor, sendo que, como discorre Thompson ao citar a relevância de Habermas para a comunicação, este “tem o mérito de destacar a mais ampla importância política do desenvolvimento da imprensa periódica nos inícios da Europa moderna” (2014, p.105). Grande valor que era esquecido por muitos pensadores ao tratar do desenvolvimento da sociedade. E Habermas<sup>12</sup> a coloca como parte integrante dos processos históricos.

---

<sup>11</sup> A esfera pública burguesa desenvolvida baseia-se na identidade fictícia das pessoas privadas reunidas num público em seus duplos papéis de proprietários e de meros seres humanos. (HABERMAS, 2003b, p. 74)

<sup>12</sup> O processo ao longo do qual o público constituído pelos indivíduos conscientizados se apropria da esfera pública controlada pela autoridade e a transforma numa esfera

Como resultado desta evolução, há a diminuição do controle do Estado quanto à economia, característica inerente ao capitalismo, e aos meios de comunicação, além da proclamação das garantias do homem a partir de revoluções.

A classe burguesa começa a influenciar diretamente na lógica pública, pois o Estado cada vez mais dependia desta classe, através do pagamento de impostos, em virtude da alta lucratividade (rentabilidade) dos empreendimentos capitalistas, sendo irreversível a edificação de um Estado de Direito Burguês, em que a classe burguesa pode se emancipar do controle do poder público até então vigente.

Então a esfera pública política não aceita, sem contestar, os desmandos estatais, especialmente em virtude do papel essencial que exerce dentro da sociedade, possibilitando a ela o crescimento.

O Estado de direito enquanto Estado burguês estabelece a esfera pública atuando politicamente como órgão do Estado para assegurar o vínculo entre a lei e a opinião pública (HABERMAS, 2003b, p. 101)

Na luta política contra um governo real forte, o concurso da representação popular como característica determinante da lei precisava ser enfatizado cada vez mais e, por fim, ser considerado decisivo. Se, politicamente, é próprio da lei o concurso da representação popular, então se explica (...) recíproca: o que deriva do concurso da representação popular, é a lei. Domínio da lei significa, então, concurso ou finalmente, domínio da representação popular. (HABERMAS, 2003b, p. 101)

A ideia burguesa do Estado de direito, ou seja, a vinculação de toda a atividade do Estado a um sistema normativo, à medida do possível sem lacunas e legitimado pela opinião pública, já almeja a eliminação do Estado, sobretudo como instrumento de dominação. (HABERMAS, 2003b, p. 102)

A consolidação do Estado moderno, do contrato social e de um novo modelo de governar eram o ápice de uma trajetória iniciada há muito tempo, mas que não seria imaginável sem o papel estimulante dos meios de comunicação, recordando que há uma profunda limitação, mesmo com a conquista de direitos, do “público” que tinha acesso às informações, em virtude da existência de um grande número de indivíduos muito pobres e analfabetos. E este “público” restrito foi crítico e contestador, com forte embasamento teórico, propagado através dos *media* em sua origem, possibilitando mudanças pois, como foi dito antes, existia um ambiente capaz

---

em que a crítica se exerce contra o poder do Estado realiza-se como refuncionalização da esfera pública literária, que já era dotada de um público possuidor de suas próprias discussões e plataformas de discussão. (HABERMAS, 2003b, p. 68)

de gerar sugestões de medidas que poderiam ser tomadas, já que debatiam entre si seus pensamentos com regularidade.

Todavia, a manutenção de uma esfera pública restrita era contrária a sua própria definição, sendo que o seu fundamento básico, segundo Habermas, vai propiciar a sua decadência quanto à finalidade transformadora.

A esfera pública burguesa se rege e cai com o princípio do acesso a todos. Uma esfera pública, da qual certos grupos fossem *eo ipso* excluídos, não é apenas, digamos, incompleta: muito mais, ela nem sequer é uma esfera pública. (HABERMAS, 2003b, p. 105)

Aquela limitava-se aos que pertenciam a uma camada culta e eram proprietários, sendo estes possuidores do direito eleitoral, ou seja, de uma função política. Considerados cidadãos<sup>13</sup>, poderiam influenciar no legislativo e no executivo, como meio de garantir a proteção aos direitos relacionadas à propriedade e ao comércio.

A publicidade dos debates parlamentares garante à esfera pública a sua influência, assegura a conexão entre deputados e eleitores como partes de um único público. Mais ou menos à mesma época, a publicidade também se impõe aos processos judiciais. Mesmo a justiça independente necessita do controle da opinião pública; sim a sua independência em relação ao Executivo bem como em relação ao lado privado só parece estar garantida no meio do público para criticar. (HABERMAS, 2003b, p. 104)

Segundo posicionamento adotado pelo autor, o crescimento do “público” é contrário ao movimento de aperfeiçoamento e intelectualização deste, porque, com a delimitação clara daquele é possível o “estar sempre debatendo”, propiciando o surgimento de novas ideias, em salões, cafés, institutos, facilitando a troca de opiniões e informações, que talvez não pudesse ser tão fecundo com um público indeterminado.

Um dos elementos que contribuíram para este alargamento foi a publicidade, através do desenvolvimento dos meios de acesso à informação, possibilitado pela implantação de novas técnicas, que autorizam o aumento do alcance destes.

A esfera pública dominada pelos meios de comunicação de massa e infiltrada pelo poder torna-se um cenário de manipulação da busca por legitimidade. A esfera pública, que surgiu como um espaço público de discussão e exercício da crítica, é reorientada para algo como “publicidade” (no sentido da *Publizität* enquanto “propaganda”), e é articulada com fins manipulativos. (...) O “modelo crítico”, formulado a partir dos traços normativos de uma esfera pública politizada, ao ser aplicado à realidade das sociedades capitalistas avançadas, não consegue ser um padrão plausível. (LUBENOW, 2012, p. 220)

---

<sup>13</sup> Os estamentos cultos são também os possuidores. O censo, que regula o acesso à esfera pública politicamente ativa, pode, por isso, coincidir com o censo do imposto: já a revolução francesa toma-o como medida para diferenciar entre cidadãos ativos e passivos. (HABERMAS, 2003b, p. 106)

A ascensão do modelo capitalista, resultado de um processo de politização da esfera burguesa, foi o embrião da derrocada dessa ideologia/vertente/perspectiva de esfera pública.

O modo de produção capitalista tem como um dos seus sustentáculos o estímulo ao consumo de bens, ou seja, a criação de necessidades ilusórias que proporcionam a multiplicação dos lucros. Almejando alcançar o seu objetivo, a finalidade da publicidade foi deturpada, de uma função crítica para uma manipulativa.

Pode -se citar, portanto, duas espécies de publicidade, com características próprias, que denotam não somente o momento histórico em que surgiram, porém, a sua própria finalidade e importância dentro da realidade político e social.

A primeira espécie de publicidade tem um caráter político crítico, ligada ao período das luzes, o Iluminismo, em que há a propagação de ideologias, inicialmente dentro de um ambiente acadêmico, alcançando em seguida um “público maior”<sup>14</sup>, diverso do contingente inicial a que se dirigia o poder estatal, condizente com as reformas estruturais imprescindíveis e com o desenvolvimento dos meios de comunicação. Este “público” foi sendo alcançado a partir da imprensa que, dentro da censura<sup>15</sup> infligida, encontrava meios para fomentar o diálogo e o embrião da contestação, não somente dentro do seu estado nacional, mais além, constituindo um “membro de todo um ente comunitário, até mesmo da sociedade civil mundial” (HABERMAS, 2003b, p. 130). Pois, ao final do próprio período anterior (idade média), a informação já circulava entre cidades que estavam nascendo, sendo impulsionada, em escala numérica, a partir dos avanços técnicos quanto à impressão. Lembrando que era muito mais simples a aceitação de notícias de outros Estados, do que as que se referiam àquele Estado nacional, pois já se visualizava os futuros prejuízos que eles poderiam produzir para o Estado.

A esfera pública, dentro da qual os filósofos exercem o seu artesanato crítico, não é, no entanto, apesar de seu centramento acadêmico, algo meramente acadêmico. Assim como a discussão dos filósofos se desenrola em face do governo para instruí-lo e sondá-lo, também ocorre ante o público do “povo” para induzi-lo a servir de sua própria razão. A posição desse público é ambígua: por um lado, imaturo e ainda necessitado do esclarecimento, constitui-se por outro lado, enquanto público, já com a pretensão de uma maioria daqueles que estão capacitados para o esclarecimento. Pois, por fim, serve para isso não só o filósofo, mas todo aquele que sabe utilizar publicamente a sua razão. (HABERMAS, 2003b, p. 129)

Esta espécie perderá sua essência em virtude do próprio sistema em que se originou e do

---

<sup>14</sup> Ao público politicamente pensante, só proprietários privados é que tem acesso, pois a sua autonomia está enraizada na esfera do intercâmbio de mercadorias e, por isso, também coincide com o interesse em sua manutenção como uma esfera privada (HABERMAS, 2003b, p. 134)

<sup>15</sup> “Assim, a proibição da publicidade impede o progresso de um povo para o melhor”. (HABERMAS, 2003b, p. 141)

ingresso cada vez maior dos interesses privados dentro do “público”, deturpando todo o sentido que havia sido construído ao longo da história, decaindo do poder de instrumento transformador.

A institucionalização de uma crítica cultural através dos jornais favoreceu a publicidade de parte dessa crítica, a princípio, cultural. Os jornais foram instrumentos publicitários que possibilitaram a publicidade desta crítica de argumentação literária e cultural. (LUBENOW, 2012, p. 221)

Porém, alguns elementos levarão à transformação dessa publicidade e o consequente surgimento da segunda espécie, provocando a corrupção da essência da esfera pública.

Dois são os grandes fatores diagnosticados por Habermas como responsáveis pela transformação e subversão da esfera pública: a interpenetração progressiva entre setor público e setor privado, e a ampliação do público da esfera pública e a consequente irrupção das massas na política. (LUBENOW, 2012, p. 221)

A ampliação do público perpassa algumas questões que estão no cerne do que deveria ser a esfera pública, e pelo que ela luta, porém, contraditoriamente, propiciará o seu declínio.

A primeira questão envolve a “expansão do público leitor”, através do maior acesso aos *media*, em virtude da revolução tecnológica. Este público, antes formado por uma camada culta e contestadora, estende-se para indivíduos que não possuíam um forte referencial teórico. “O contexto de uma minoria de especialistas, de um lado e de uma grande massa de consumidores influenciados pela comunicação pública de massa do outro, expressa a passagem de um público pensador de cultura para um público simplesmente consumidor de cultura”. (LUBENOW, 2012, p. 222)

A segunda questão seria a ampliação dos direitos políticos, exclusivos antes dos proprietários, pois não é possível lutar por alguns direitos, utilizando os indivíduos sociais como instrumento para isso, e negar-lhes a noção básica de cidadão. Quando há o aumento da participação política dos que não eram proprietários, seguindo a própria lógica defendida na “esfera pública política” de igualdade de direitos, alcança-se “um duplo efeito: positivo, com a expansão progressiva da esfera pública, ampliação do espectro de participação dos cidadãos na vida pública; negativo, pois a expansão foi induzida de modo manipulativo pelos meios de comunicação” (LUBENOW, 2012, p. 223)

À medida que camadas não burguesas penetram na esfera pública política e se apossam de suas instituições, à medida que participam da imprensa, dos partidos e do parlamento, a arma da publicidade, forjada pela burguesia, volta-se contra a própria burguesia. (HABERMAS, 2003b, p. 152)

E, por fim, “a refuncionalização comercial da imprensa”, que ocorre a partir do momento em que a finalidade desta se modifica, ou seja, antes, esta deveria informar e fomentar o espírito contestador no “público”, porém, com a ascensão ou a interferência deste no poder, o objetivo se altera, adequando-se às novas exigências. O fim agora deveria ser a expansão dos lucros, através da influência ou manipulação do “público” que poderia ser realizada pelos *media*. “A infraestrutura da esfera pública mudou juntamente com a emergência dos meios de comunicação em massa, com as novas formas de organização, marketing, consumo de produção literária especializada e com a imprensa”. (LUBENOW, 2012, p. 223)

Os empresários dos meios de comunicação identificaram o caminho que se abria à frente deles, aproveitando para continuar a busca incessante por valores e aumentar o seu poder frente à sociedade, através do uso da máquina publicitária para influenciar eleições, imprimindo à publicidade uma finalidade comercial, em conjunto com a burguesia, como meio de estimular a venda de produtos e de candidatos. Logo, o mercado cultural é substituído pelo mercado de bens de consumo, através do acréscimo de interesses particulares e utilitaristas àquela. Conseqüentemente, “a esfera pública assume funções de propaganda. Quanto mais ela pode ser utilizada como meio de influir política e economicamente, tanto mais apolítica ela se torna no todo e tanto mais aparenta estar privatizada”. (HABERMAS, 2003b, p. 207-208)

Como demonstrando acima, a segunda espécie de publicidade, a partir de Habermas, tem uma função manipulativa, bem diversa da primeira. A sua natureza, portanto, levará à obtenção de resultados absolutamente distintos da primeira, comprometida com o contexto que o novo poder exigia.

A decadência da esfera pública literária se sintetiza mais uma vez nesse fenômeno: está rebentado o campo de ressonância de uma camada culta criada para usar publicamente a razão; o público fragmentado em minorias de especialistas que não pensam publicamente e uma grande massa de consumidores por meio de comunicação pública de massa. Com isso, perdeu-se sobretudo a forma de comunicação específica do público. (HABERMAS, 2003b, p. 207)

Então, Habermas aponta os meios de comunicação em massa como um dos motivos, senão o maior, para a derrocada da esfera pública politizada, em seu texto (1962). Considerou o “público” ampliado como uma massa de indivíduos que somente consumiriam informações, porém, não teriam capacidade para interpretá-las, dando um sentido novo e próprio a elas, que seriam simples receptores e não atores/partes de um processo comunicativo ativo. O “público” restrito possuía a capacidade de discutir e transformar os alicerces do Estado. Porém, este novo “público”, havia perdido esta característica, não somente em virtude do grau de educação, mas porque a difusão das informações impossibilitava os debates fechados, acadêmicos e

científicos, que identificam a antiga “esfera pública politizada”, além da natureza das informações passadas, que não possuíam mais este verniz investigativo.

A esfera pública, espoliada da sua concepção original, desenha o quadro de uma vida política degradada, em que o conteúdo político do modelo liberal de opinião pública foi subvertido numa manipulação generalizada; em que a opinião pública deixou de ser medida como padrão de legitimidade, para se dissolver num agregado de opiniões individuais pesquisadas, representativas apenas no sentido estatístico. O que se configura na esfera pública manipulada é apenas um “clima de opinião”, de maneira geral, manipulada sobretudo pelo cálculo sócio psicológico de tendências inconscientes que, todavia, provocam reações como que imprevisíveis. (LUBENOW, 2012, p. 224)

Este público era manipulável e influenciável através de mensagens propaladas pelos meios de comunicação, que poderiam ser utilizados para fins diversos, exceto para o de incentivar o pensamento transformador.

### **2.8.1- Críticas ao pensamento de Habermas, a partir de Thompson e Luhmann**

O pensamento de Habermas, quanto à visualização do público ampliado como uma massa de espectadores passivo e do papel manipulável dos *mass media*, foi objeto de inúmeras críticas, resultando na consequente revisão da sua conceituação de esfera pública e dos meios de comunicação.

Thompson (2014) ressalta algumas críticas ao pensamento de Habermas, apesar de como já citado antes, reconhecer que o autor demonstrou a importância da ligação dos *media* com o desenvolvimento da sociedade e sua complexidade.

Primitivamente, discorre que ao tratar da esfera pública, reconheceu-a especificamente como burguesa, deixando de identificar diversos movimentos sociais que eclodiram na Europa, e que não tiveram origem naquela esfera pública burguesa, tendo se confrontado com eles ao tentar contê-los.

Além disso, ressalta que o autor (Habermas), seguindo o entendimento acima, de priorizar a esfera pública burguesa em detrimento de outras, focalizou nos periódicos políticos, como meio de imprimir uma imagem própria desta esfera pública, ainda que não fosse compatível com a realidade. “Os periódicos políticos como o *Review* de Defoe e o *Examiner* de Swift exemplificam o tipo de crítica e de debate que Habermas gostaria de veicular com a ideia de esfera pública” (THOMPSON, 2014, p. 106). Ou seja, neste caso, talvez Habermas padeça do mesmo mal que imprimiu aos *mass media*, de tentar influenciar ou manipular a imagem da realidade, construindo um recorte histórico a partir de sua visão.

A esfera pública pensada por ele não era somente especificamente burguesa, pois abrangia os proprietários e as classes instruídas, e de natureza contestadora, mas também era essencialmente masculina, relegando às mulheres um papel secundário, praticamente marginal.

No que se refere ao declínio da esfera pública burguesa politizada e consciente, Habermas aponta como um dos seus principais responsáveis, como comentado acima, o desenvolvimento de uma publicidade de caráter manipulativo, através do desenvolvimento dos *mass media*, que deturpou a natureza daquela esfera.

A argumentação de Habermas tende a presumir, de um modo muito questionável, que os receptores dos produtos da mídia são consumidores relativamente passivos que se deixam encantar pelo espetáculo e facilmente manipular pelas técnicas da mídia. (THOMPSON, 2014,109). Ou seja, “o público” constitui uma massa indistinta de indivíduos que somente recebem e repetem a informação fornecida sem fazer nenhum juízo de valor sobre ela, nem as analisar a luz da sua realidade.

Além disso, Habermas aponta para uma “refeudalização das sociedades modernas”, uma vez que “os novos meios técnicos sofisticados são empregados para dotar a autoridade pública com aquela aura e prestígio que uma vez eram concedidos às figuras reais pela publicidade encenada das cortes feudais”. (THOMPSON, 2014, p. 109)

Em seguida, reafirma a imagem equivocada dos cidadãos, principalmente sob a ótica de mobilização atual, pois os identifica como marionetes de um processo político, sendo utilizados somente para legitimar decisões políticas das quais não fizeram parte nem que lhe são favoráveis.

Thompson reconhece que, em parte, o pensamento de Habermas quanto ao processo de refeudalização é razoável, apesar de inadequado, pois “ao longo do século XX, e especialmente desde o advento da televisão, a orientação da política se tornou inseparável da administração das relações públicas” (2014, 109).

A televisão foi um marco no desenvolvimento dos *mass media*, uma vez que trouxe uma nova espécie de visibilidade e interação, sendo possível não somente o escutar a voz, mas ver imagens, preenchendo as salas de casa da maioria da população mundial assim que possível, servindo, até mesmo, como local de reuniões. Portanto, a política, rapidamente se adaptou e utilizou este recurso para seus propósitos, de dar visibilidade a alguns candidatos, bem como a feitos destes. O candidato era um produto, possuía “representatividade”, precisava ser “vendido” em programas políticos e intervalos televisivos.

Com base nas críticas apontadas por Thompson, é possível notar uma atualização do

pensamento de Habermas, especialmente no *Direito e Democracia*, publicado em 1992 e no artigo *Political Communication in Media Society* de 2006.

A princípio, é imprescindível demonstrar a redescoberta de algumas terminologias que influenciarão diretamente no conceito e formação da esfera pública. Segundo Habermas (2004, p. 99), “o atual significado da expressão sociedade civil não coincide com o da “sociedade burguesa”, da tradição liberal(...)”. Esta transformação na sua forma de visualizar a sociedade vai acarretar consequências em seu pensamento, especialmente no tocante à esfera pública, que antes era identificada como “burguesa”. Inaugurando a revisão quanto ao conceito de sociedade civil:

O seu núcleo institucional é formado por associações e organizações livres, não estatais e não econômicas, as quais ancoram as estruturas da comunicação da esfera pública nos componentes sociais do mundo da vida. A sociedade civil compõe-se de movimentos, organizações e associações, os quais captam os ecos dos problemas sociais que ressoam nas esferas privadas, condensam-nos e os transmitem, a seguir, para a esfera pública política. (HABERMAS, 2003a, p. 99)

A partir desta nova concepção, depreende-se que ela abarca novos grupos no seu todo, e não somente uma determinada classe. O resultado imediato é o reconhecimento de que na evolução histórica e transformação do Estado, não foi apenas a classe burguesa que teve função essencial, ao rebelar-se contra a autoridade. Outros grupos foram cruciais para este processo, sendo possível a ideia de que “esses movimentos podem ser os suportes dos potenciais da modernidade cultural.” (HABERMAS, 2003a, p. 103)

Desta forma, houve a remodelação de sua apreciação de esfera pública, concedendo um novo significado, inserindo elementos antes ignorados por ele. Focou na comunicação, na estrutura, e não em um determinado grupo social, expandindo o conceito daquela, como forma de corrigir algumas imprecisões em relação a sua análise anterior. Retirou-lhe, portanto, a natureza essencialmente burguesa que a identificava, ou seja, esta não pertence exclusivamente àquela, denominando-a, nos dias de hoje, apenas de esfera pública, podendo “ser descrita como uma rede adequada para a comunicação de conteúdos, tomadas de posição e opiniões; nela os fluxos comunicacionais são filtrados e sintetizados, a ponto de se condensarem em opiniões públicas enfeixadas em temas específicos.” (HABERMAS, 2003a, p. 92)

Admitiu também a presença de outras espécies de comunicação, que não somente os periódicos políticos, exemplo dos jornais em sua totalidade, que funcionavam como instrumentos de problematização e discussão de questões que afetavam a sociedade. Logo, “o sucesso da comunicação pública não se mede *per se* pela “produção de generalidade”, e sim, por critérios formais do surgimento de uma opinião pública qualificada. (HABERMAS, 2003a,

p. 94)

Ressalta, entretanto, que a esfera pública ainda está relacionada, primordialmente, à interação direta, aos indivíduos estarem presentes juntos em espaços concretos, definindo que a distância, bem como outras espécies de contato, leva à generalização da esfera pública, havendo a inclusão de participantes que podem levar tanto a opiniões compartilhadas quanto a um processo de intelectualização.

Quanto aos *mass media*, admite o seu poder de influência, apesar de ainda ser ambíguo quanto ao seu posicionamento, uma que vez anui que a concepção de sociedade, constituída por “uma espécie de associação que institucionaliza os discursos capazes de solucionar problemas, transformando-os em questões de interesse geral no quadro de esferas públicas” (HABERMAS, 2003a, p. 99) não seria compatível com a ideia de um corpo dominado pelos meios de comunicação em massa. Porém, em outro trecho, dispõe que “as estruturas comunicacionais da esfera pública aliviam o público da tarefa de tomar decisões” (HABERMAS, 2003a, p. 93)

Luhmann, ao discorrer sobre o tema, no princípio adota um conceito de público, dizendo que é o acessível a todos, semelhante ao já definido por Habermas, no início do livro *Mudança estrutural da esfera pública* (2003b). Então quando fala sobre os meios de comunicação, diz que estes são “públicos”, pois estão disponíveis a todos. Em seguida, detém-se no conceito de esfera pública, analisando-o à luz da sua teoria dos sistemas, em que diz:

Pode-se então definir a esfera pública, considerando a sugestão de Dirk Baecker como a reflexão sobre cada fronteira sistêmica interna à sociedade, ou dito de outra forma, como o ambiente social interno dos subsistemas sociais – isto é, de todas as suas interações e de suas organizações-, mas também dos subsistemas sociais de função e dos movimentos sociais. **A vantagem dessa definição é de se poder transferi-la aos sistemas sociais de função. O mercado seria assim o ambiente interno do sistema econômico; a opinião pública, o ambiente interno do sistema político e das interações políticas.** (LUHMANN, 2005, p. 168-169, grifo nosso)

Portanto, este autor conceitua de maneira absolutamente diversa a esfera pública, pois sua tese é diversa da descrita por Habermas, na consideração do mundo da vida. Todavia, futuramente, ao analisar novamente este conceito, interliga-o à razão, dentro da lógica iluminista, realizando uma crítica à tese adotada por Habermas primordialmente, que falava da esfera pública relacionando-a a um pequeno grupo, com ausência de publicidade.

Contra o reforço de uma necessidade do trânsito social orienta-se, então, no século XVIII, a exigência fática de esfera pública como meio de imposição da razão. Contudo esse é um conceito reduzido, por assim dizer, constitucionalista de esfera pública, marcado por exigências como a liberdade de opinião, de imprensa, abolição da censura. **A polêmica propriamente dita baseia-se no conceito mais geral de esfera pública, contra os quais se destacam exatamente as estratégias de manutenção do segredo e da hipocrisia e, mais tarde o empenho em defesa da esfera privada.** A esfera pública, assim é um médium social geral de reflexão que registra a

intransponibilidade das fronteiras e, inspirado nisso, o observar das observações. Grifo nosso. (LUHMANN, 2005, p. 170, grifo nosso)

## 2.9- OPINIÃO PÚBLICA

A opinião pública é uma concepção que advém do sistema político, sendo incorporado à realidade dos outros sistemas com significados particulares. Não buscar-se-á alcançar, no começo, uma ideia única para esta expressão, nem esgotar a sua utilização dentro do âmbito social e a problemática que possivelmente produz, porém suscitar-se-á reflexões a partir da definição deste termo por diversos filósofos, sociólogos, comunicadores, entre outros que se dedicam ao estudo desta.

Platão considerava a opinião pública como a opinião da população, relacionando-a ao aspecto político. “Para ele, o povo seria incapaz de compreender o funcionamento do governo, e o governante não deveria se preocupar com as reivindicações da população”. (CERVI, 2010, p. 17)

Já Maquiavel relaciona a opinião pública ao povo em si, ou seja, a opinião da população, de quem não detém o poder, pois como pode ser observado no trecho abaixo, defende que esta, considerada sujeito, pode ser manipulada, reconhecendo, todavia, a importância dela e o “peso” que ela tem.

(...) concluiu que a opinião pública poderia ser útil aos interesses do governante e ao bem comum do Estado. Foi o primeiro a dar uma feição pragmática ao uso da opinião pública, como instrumento para alcançar e manter o poder, pois sugere que a opinião pública deve ser manipulada ou acomodada, mas nunca ignorada. (CERVI, 2010P. 18)

Para Hobbes, a opinião pública dever ser condenada, por ser contrária ao absolutismo, lembrando que o desenvolvimento desta, no estado moderno, acompanhou o de esfera pública burguesa, constituindo-se a última em uma classe politizada, culta e questionadora da realidade posta.

Em conjunto com o desenvolvimento da esfera pública, em que esta funcionou como uma mola propulsora das revoluções, sob a influência do iluminismo, o termo foi utilizado na segunda metade do século XVIII, antes da revolução francesa em que diz que:

Esses juízos interditados são chamados de público em vista de uma esfera pública que, indubitavelmente, tinha sido considerada uma esfera do poder público, mas que agora se dissociava deste como o fórum para onde se dirigiam as pessoas privadas a fim de obrigar o poder público a se legitimar perante a opinião pública. O *publicum* se transforma em público, o *subjectum* em sujeito, o destinatário da autoridade em seu contraente. (HABERMAS, 2003b, 41)

Na Alemanha, ainda no século XVIII, foi empregado para designar o povo que julga, que

realiza críticas, o leitor, com certo grau de instrução.

Com a conscientização de um determinado público, há a apropriação por este da esfera pública, como dito no tópico anterior, controlada pela autoridade e fomentada por esta, que a transforma em crítica que se realiza de maneira combativa ao poder.

Segundo Habermas (2003b, 71), “na esfera pública burguesa, desenvolve-se uma consciência política que articula contra a monarquia absoluta, a concepção e a exigência de leis genéricas e abstratas e que, por fim, aprende a se auto afirmar, ou seja, afirmar a opinião pública como única fonte legítima das leis”. Dentro deste contexto que, adiante, desenvolver-se-á a discussão em torno desta como elemento de decidibilidade no lugar da lei, uma vez que a lei advém da soberania popular, nada mais adequado que ser utilizada pelo juiz para decidir um determinado caso.

(...) uma opinião pública nascida do melhor argumento, demanda aquela racionalidade moralmente pretenciosa que busca conjumar o certo com o correto. A opinião pública pretende corresponder à “natureza das coisas”. Por isso “leis que ela agora gostaria que também fossem válidas para a esfera social, precisam assegurar-se, além dos critérios formais de generalidade e abstrações, também a racionalidade como um critério material. (HABERMAS, 2003b, p.72)

Em contraposição ao governo, a opinião pública é incentivada pelo jornalismo independente, de conteúdo contestador. A partir destas críticas, observa-se uma transformação através do “acesso crescente de um público consciente nas funções de controle político” (HABERMAS, 2003b, p. 80). Esta alteração teve um importante papel na revolução que se seguiu.

Em 1792, num discurso na Casa dos Comuns, foi aplicada pela primeira vez a expressão “opinião pública” em sentido estrito, como o público politicamente pensante que deveria ser ouvido. O seu pensamento deveria ser levado em consideração.

“É certamente, correto e prudente consultar a opinião pública. Se, por acaso, acontecer que a opinião pública não se enquadre com a minha, se, após, apontar-lhes o perigo, eles não enxergarem o perigo à mesma luz que eu ou se supuserem que um outro remédio é preferível ao meu, então eu deveria considerar minha obrigação para com o meu rei, para com o meu país, para com a minha honra, afastar-me a fim de que possam seguir o plano que considerarem melhor, através de um instrumento adequado, ou seja, através de um homem que pense como eles (...) mas uma coisa é muito clara: tenho que dar ao público os meios de formar uma opinião.”(HABERMAS, 2003b, p. 84)

A opinião pública representa um espírito contestador, combativo que indaga a realidade existente. Forma-se na luta dos argumentos em torno de algo, não sem crítica, na aprovação ou rejeição, seja ela ingênua ou plebiscitariamente manipulada em relação a pessoas, através do *common sense*. (HABERMAS, 2003b, p. 85)

Hegel a considera como a vida imediata de um grupo, sua consciência, dispondo assim que:

A opinião pública segue aqui a lógica da consciência, que é o ato de opinar, a percepção e o entendimento imediato do fenômeno público. Ela dirige-se para o objeto público. Ela é saber que estabelece juízos em relação ao mundo, à estruturas e às instituições gerais. É a consciência subjetiva que se refere ao exterior; e depois de ter percorrido o caminho do objeto, ela volta-se sobre si, para tornar-se uma autoconsciência. (BAVARESCO, 2003, 17)

Um sentido frequentemente utilizado é o que Habermas aborda em seu texto de 1962, no qual opinião pública é representada por um público revoltado, questionador e informado, portador de uma opinião. Este significado é um dos mais usuais, rotineiramente repetido nos meios de comunicação, especialmente na televisão, para falar das mais diversas temáticas, de política a segurança, de economia a saneamento básico. Personifica-se um grupo, como que composto de forma homogênea, que seria portador de uma opinião, única, sempre contestadora ou reivindicadora de algo.

(...) no sentido de opinião pública, de uma esfera pública revoltada ou bem indignada ou informada, significados estes correlatos a público, publicidade, publicar. O sujeito dessa esfera pública é o público enquanto portador de opinião pública; à sua função crítica é que se refere a “publicidade como, por exemplo, o caráter público dos debates judiciais. (HABERMAS, 2003b, p. 14)

Dentro deste primeiro significado, há a utilização para reivindicar um determinado resultado em julgamentos, em regra, criminais ou políticos, quase sempre almejando uma condenação, como meio de alcançar a “justiça”.

“Opinião pública passa a ser considerada como produto de um processo de comunicação intrínseco às massas que não está preso nem ao princípio do uso público da razão nem ligado à dominação política” (HABERMAS, 2003b, p. 279)

Esta forma não deriva da utilizada por Habermas como pertencente à esfera pública, pois a exposta acima personifica a população e a posta pelo autor, no texto de 1962 fala da sociedade burguesa como formadora da esfera pública burguesa, não possuindo o arcabouço teórico que aquela possuía.

Um dos problemas desta definição é colocar como se fosse o pensamento homogêneo de um grupo igual, pois assim ela parece mais uma ficção, uma construção, do que de fato real. Sendo que, neste sentido, poderia ser utilizada para manipular, para forçar um direcionamento.

Definir a opinião pública do ponto de vista das mídias não é tarefa fácil. Ela quase sempre é tratada como uma entidade mais ou menos homogênea, quando resulta de um entrecruzamento entre conhecimentos e crenças de um lado e opiniões e apreciações do outro. (...) Quer se conceba a opinião pública em sua variante racionalista do século XVIII, quer em sua variante instintiva do século XIX, que a define como uma multidão portadora de uma amálgama de sentimentos, sujeita à

manipulação dos líderes, que a define como uma média estatística, ela depende desse entrecruzamento múltiplo (...). (CHARAUDEAU, 2013, p. 123)

“Fraenkel equipara a opinião pública com a concepção dominante no parlamento e obrigatória para o governo: com a ajuda da discussão parlamentar, a opinião pública dá a conhecer ao governo as suas aspirações e o governo transmite à opinião pública a sua política”. (HABERMAS, 2003b, p. 277). Neste sentido, o povo é sujeito, sendo representado nas suas pretensões por outros que estariam a seu serviço.

Quanto a este fato, Manin (1995) discorre que, após eleitos, os políticos não precisam se vincular ao público específico que o elegeu e sim à vontade geral. Portanto, não haveria punição, como a retirada deste do governo, a partir do não atendimento das solicitações particulares.

Concluindo que: “a vontade dos partidos é idêntica à dos cidadãos ativos, de tal modo que, em cada caso, o partido da maioria representaria a opinião pública”. (HABERMAS, 2003b, p. 277)

Porém, há definições mais pessimistas quanto ao poder deste grupo e o que poderia suscitar a partir de suas pretensões.

“No processo de formação da opinião e da vontade nas democracias de massas, a opinião do povo, independente das organizações através das quais ela passa a ser mobilizada e integrada, raramente ainda mantém alguma função politicamente relevante”. (HABERMAS, 2003b, p. 277)

Dentro deste contexto, o povo é manipulável e manipulado, não possuindo nenhum poder, apesar de ter votado nos indivíduos que supostamente deveriam representá-los. Portanto, “não há opinião pública... nem atividade refletindo ou representando a atividade de um grupo ou de um conjunto de grupo” (HABERMAS, 2003b, p. 279), pois não há um pensar crítico e contestador. Seria apenas uma ficção.

Opinião pública é o correlato da dominação... Algo que só existe em determinadas relações entre dominação e povo” (a opinião viria de cima para baixo (...)) qualifica a opinião pública como um possível ponto de resistência à prática governamental e administrativa que, conforme a escala dos resultados e das recomendações das pesquisas de opinião, pode ser diagnosticado e manipulado com meios adequados”.(HABERMAS, 2003b, p.282)

Então, o que é opinião pública? Ficção? Manipulação? Resistência? População revoltada? Conjuntos de teses críticas? É possível ter opinião pública no contexto atual de dominação e manipulação, bem como das relações unilaterais e bilaterais? Todas estas são perguntas feitas na tentativa de delimitar a opinião pública.

Logo, as definições que mais se aproximam da discussão que será realizada no trabalho, são as que se aprofundam no caráter político, ou seja, que teve origem não no sistema mediático e nem no sistema judicial e sim no político. Por este motivo, no capítulo seguinte, os três sistemas parciais serão objeto de apreciação.

Segundo Schmidt, “deveriam ser designados como opinião pública todos aqueles modos de comportamento de quaisquer grupos populacionais que sejam adequados para modificar ou até mesmo para alterar as estruturas, práticas e metas da dominação”. (HABERMAS, 2003b, p 282)

## 2.10- MEIOS DE COMUNICAÇÃO, SOCIEDADE E DIREITO POSITIVO

Com base no descrito nos tópicos antecedentes, conclui-se que os meios de comunicação sofreram uma profunda alteração no seu conceito, finalidade e sentido, pois, estes acompanharam o desenvolvimento das sociedades e as mudanças das relações que ocorrem a partir deste fato. A sociedade e, por consequência, o comunicar não envolve mais dois atores, mas sim múltiplos. Não se traduz com a fala e a resposta a ela, apesar de não excluir esta modalidade de interação, mas, em regra, com a difusão, a transmissão, em que o significado posto acima adaptou-se a uma nova realidade e a uma nova sociedade.

A partir da releitura de elementos externos, houve a reprodução do sistema, originado com base em elementos próprios, portanto, apesar da crítica colocada por autores como Thompson, a comunicação não deixou de existir, sendo substituída pela transmissão. Ela evoluiu através de um processo de auto reprodução provocada, no começo, pelos ruídos externos a este sistema.

Para a compreensão dos meios de comunicação deve-se ter em mente que ele evoluiu tal qual a sociedade, crescendo em complexidade a partir do aparecimento de novos sujeitos e papéis, não sendo mais possível discuti-la somente em termos de informação, interação ou diálogo, pois o próprio conceito de comunicação ganha um novo significado a partir do crescimento da complexidade social. Por exemplo, quando Luhmann (2005) discorre sobre as modalidades de meios de comunicação ou tipo de comunicação, fala sobre as notícias, publicidade, entretenimento, cada um com seu objetivo, ou utilizando um linguajar mais específico, com sua expectativa.

Este processo não ocorreu apenas com os *media*, aconteceu, especialmente e essencialmente, com o direito, que será objeto de análise aprofundada agora, relacionando-os,

adiante, entre si, pois, como foi já disposto, ao suscitar a reflexão de esfera pública e principalmente opinião pública, é imprescindível o estudo do direito e, em seguida, do sistema jurídico, em específico, do subsistema judiciário.

### 2.10.1- Sociedade e direito

Ao pensar a sociedade, raciocina-se em um elemento em movimento, nunca estático e sempre dinâmico. Não está pronta e acabada, como hoje se observa, e nem se encontra desta forma, pois quando se reflete sobre aquela, pondera-se sobre o presente, ou ainda o passado, todavia, o futuro ainda está em aberto, por acontecer.

A percepção da historicidade do tempo enquanto tempo presente significa, como disse Marquard, percepção da inevitabilidade do que é indisponível. Indisponível são as premissas, isto é, o passado que não existe mais enquanto é passado, e o futuro, que ainda não existe na medida em que é futuro. (GIORGI, 1998, p. 152/153)

A sociedade, em princípio primitiva, estruturava-se sob o elemento *status*. “O *status* concede capacidade jurídica” (LUHMANN, 1983, p. 25), determinando a distribuição de direitos e obrigações entre os diversos indivíduos que participavam dela. Porém, estas sociedades primitivas eram pequenas, delimitadas, com possibilidades reduzidas. As relações eram construídas em torno de dois atores, determinando suas funções com base nos estamentos em que estavam inseridos. Todavia, esta cresceu. Houve a inserção de terceiros nas relações e este aumento leva à necessidade de uma maior mobilização das relações jurídicas, verificando-se, assim a dissolução da ordem estamental ao final do século XVIII.

Com esta desagregação, torna-se indispensável construir a sociedade sob novos alicerces, compatíveis com a sua crescente complexidade. Para atingir este fim, passa-se a pensar o homem não mais como um membro de um estamento, por pertencer a determinado grupo, possuidor de direitos e obrigações a partir disto, mas como detentor de direitos porque é um ser humano. Portanto, há a modificação da ordem lógica da sociedade. O novo instrumento, compatível com a complexidade social, será denominado de contrato (LUHMANN, 1983), adentrando nas sociedades funcionalmente diferenciadas.

Segundo Maine, os conceitos de *status* e contrato não significam aqui institutos rigorosamente exclusivos em termos lógicos, mas sim diferentes princípios básicos da construção de um ordenamento jurídico e da distribuição de direitos e deveres que devem ser vistos à luz da estrutura social correspondente, que as determinam. (LUHMANN, 1983, p. 24)

Toda sociedade é dotada de uma ordem jurídica, estrutura fundamental inerente àquela.

“Concede-se ao direito uma posição central no desenvolvimento social (...) como forma de expressão da situação social correspondente.” (LUHMANN, 1983, p. 22). Não há como se pensar em sociedade sem a presença do direito. E este, não somente percebido por alguns autores na atualidade como um mecanismo regulador de condutas, mas vai além, como o instrumento que possibilitou o crescimento e edificou a sociedade como hoje é visualizada. “A sociedade seria uma relação de direito.” (LUHMANN, 1983, p.21)

O direito surge, então como uma construção social em princípio indispensável, mas sempre contingente em cada efetuação. Essa contingência, esse condicionamento da opção por outras possibilidades, torna-se o tema da sociologia do direito. (LUHMANN, 1983, p. 21)

Direito e sociedade têm que ser abarcadas integralmente, como variáveis empiricamente pesquisáveis, que se interpermeiam de forma determinada. (LUHMANN, 1983, p. 22)

Direito e sociedade são concebidos como sistemas que dependem um do outro e que variam em conjunto, adaptando-se às complexidades, expectativas e possibilidades postas. Por isto, não é possível pensar o direito como algo dado, pronto, tese defendida pelo direito natural, mas sim como um elemento em profunda transformação.

O direito é direito da sociedade e com ela se modifica. (LUHMANN, 1983, p. 32).

O direito não é determinado por si próprio ou a partir de normas ou princípios superiores, mas por sua referência à sociedade. (LUHMANN, 1983, p. 33/34)

Essa referência é compreendida como uma correlação sujeita à modificações evolutivas, e que pode ser verificada empiricamente como uma relação de causa e efeito. (LUHMANN, 1983, p. 34)

Por este motivo, quando se fala em direito, raciocina-se em positivo, ou, adotando expressão usada por Giorgi, “Direito da Modernidade” ou “Direito da Sociedade Moderna”. “Esse direito é ao mesmo tempo, pressuposto e consequência da modernidade da sociedade moderna. Ele só pode ser direito positivo.” (GIORGI, 1998, p. 155).

Todavia, apesar da interdependência, trata-se de dois sistemas distintos e que se reproduzem a partir de si mesmo, ainda que esta possa ser provocada por ruídos externos.

A sociedade é uma máquina histórica que, em todas as suas operações sempre parte do estado em que ela mesma, com suas operações, se colocou. Esta modalidade de operar traduz complexidade, ou seja, excesso de possibilidades, pois a sociedade se faz instável por si mesma e, a um só tempo, produz contingência, visto que no presente tudo também pode ser diverso. Instabilidade autoproduzida: este é o presente. (GIORGI, 1998, p. 153)

Giorgi compreende o termo “moderno” ou “modernidade” de uma forma singular, específica. O termo não será mais entendido como novo, em antítese ao velho, antigo, em um binômio valorativo ligado à noção de antigo e moderno. Discorrendo assim que “por volta da metade do século passado, a ideia de modernidade começa a ser pensada não mais em oposição

à antiguidade, mas em oposição à eternidade (...). Moderno é transitório, é fugaz, sempre diverso, em suma, contingente. (GIORGI, 1998, p. 153). Esta característica é própria do direito, sempre em profunda transformação, seja no acompanhar a complexidade social, no interpretar a vontade do legislador, no lidar com os desapontamentos, na resolução das lacunas postas, entre outros. O importante é que esta reprodução, atualização, ou, por fim, autopoiese, acontece a partir dele próprio, ou seja, de elementos já intrínsecos e constitutivos dele.

O direito regula, por meio do direito, a sua sensibilidade aos ruídos externos (...). Quando este ruído irrita o direito ao ponto do sistema produzir novas emergências, novos níveis de ordem, o que se produz, na verdade, é apenas outro direito, que funciona como direito que produz direito. (GIORGI, 1998, p. 158)

A sua reprodução ocorre tendo como base o binômio de funcionamento do sistema. No caso dos meios de comunicação, o binômio é informação/não informação. No caso do direito, o binômio é direito/não direito. Então, extrair-se-á ou interpretar-se-á destes ruídos, o que interessa a este sistema, possibilitando a sua constante transformação em si mesmo. Estes ruídos provocam irritações que são, portanto:

O conceito de irritação pertence à teoria dos sistemas operativamente fechados e refere-se à forma pela qual um sistema pode produzir ressonância em relação aos acontecimentos do meio externo, embora as próprias operações só circulem no interior do sistema e não sejam apropriadas para estabelecer contato com o meio externo (o que significaria que ocorreriam em parte internamente, em parte externamente). (LUHMANN, 2005, p. 47)

Com o crescimento das possibilidades, é indispensável o desenvolvimento de estruturas que possibilitem regular, ou melhor, reduzir as expectativas, garantindo o funcionamento do sistema social como um todo, no qual estão contidos diversos subsistemas. Portanto, há a inserção de um outro conceito, contingência, ao lado de complexidade, constitutivo deste sistema.

Com complexidade queremos dizer que sempre existem mais possibilidades do que se pode realizar. Por contingência entendemos o fato de que as possibilidades apontadas para as demais experiências poderiam ser diferentes das esperadas; ou seja, que essa indicação pode ser enganosa por referir-se a algo inexistente, intangível, ou a algo que após tomadas as medidas necessárias para a experiência concreta (...). em termos práticos, complexidade significa seleção forçada, e contingência significa perigo de desapontamento e necessidade de assumir-se riscos. (LUHMANN, 1983, p. 45/46)

Como escolher a partir das diversas possibilidades, sem que isso pareça uma seleção, ou seja, a realidade construída através da operação parece, para o observador, a realidade, e não a construção desta. Este fato acontece não somente com o direito, mas com os meios de comunicação, de uma forma tão sutil, que não é percebida pelos olhos do espectador. Quanto a

este fato, pode-se utilizar uma analogia narrada por Giorgi com base num conto de Durrenmatt, chamado “a cidade”.

O protagonista – o observador da cidade-, é convocado pela administração para ser guardião. Guardião é um controlador, é aquele que tem o poder sobre as pessoas que, assim, são seus prisioneiros. O poder, entretanto, deve ser exercido de modo tão discreto que não permita que se distinga o guardião do prisioneiro. Nos canais viscerais da terra nos quais o guardião exercerá seu poder de guardião, o jovem protagonista encontra, pendurado no teto, um homem e em frente a ele, o comandante que lhe pergunta se podia imaginar porque aquele homem estava pendurado daquela forma. O jovem responde: “Porque é um prisioneiro”. “Não”, retruca o comandante, “ele é um guardião”. Ameaçadoramente, o comandante pergunta-lhe se ele podia imaginar porque o havia pendurado. “Não”, respondeu o jovem. O comandante, então, explicou: “porque ele tinha a ilusão de não ser guardião”. “E o que ele pensava ser?”, perguntou o jovem. “Pensava ser um prisioneiro”, disse o comandante. (GIORGI, 1998, p.150/151)

Este conto pode ser aplicado tanto ao direito como aos meios de comunicação, em que a realidade é construída de maneira tão sutil, que não consegue se distinguir entre o que é operação e o que é observação, uma vez que o observar também é em si uma operação.

Operação é a ocorrência efetiva de acontecimentos; a reprodução deles é realizada pela autopeiose do sistema, isto é, a reprodução da diferença entre sistema e meio externo. Observar é também, evidentemente, uma operação altamente complexa que, ajudada por uma distinção, separa aquilo que ela observa do que ela não observa; e aquilo que ela não observa é sempre também a operação do próprio observar. A operação de observar é, nesse sentido, sua própria mancha cega que possibilita distinguir algo determinado e descrevê-lo. (LUHMANN, 2005, p. 44-45)

A seleção de notícias, a construção da realidade, a redução de expectativas, transcorrem de maneira tão natural que não se percebe que já passaram por qualquer processo de interferência, e que este é essencial para a sobrevivência do sistema social. Pois, se esta não fosse realizada, o nível de complexidade, ou melhor, de imprevisibilidade, seria tão grande que impossibilitaria qualquer relação ou comportamento do indivíduo. O direito, portanto, funciona como um mecanismo de redução de expectativas.

### **2.10.2 – Direito positivo**

Ao pensar o direito, utiliza-se quase como sinônimo a ideia de Positivo, que é o inerente da sociedade moderna, baseando-se na lógica do contrato, uma vez que se refere a uma sociedade funcionalmente diferenciada.

O direito da sociedade moderna livra-se desses condicionamentos, isto é, da natureza, da razão, dos estamentos, das classes e, como direito positivo, funda-se sobre si mesmo, torna-se o resultado de si próprio e estabiliza-se como aquisição evolutiva desta sociedade. (GIORGI,

1998, p. 155). Possui como características centrais a autonomia e a circularidade, tendo Kelsen como um dos filósofos que conseguiu compreender melhor e desenvolveu a tese sobre a autonomia do direito.

Segundo Kelsen, na sociedade moderna não há espaço para o direito natural, pois este é incompatível com a democracia.

O direito natural encontra-se sujeito a condicionamentos externos. O direito positivo condiciona-se a partir de si mesmo: cada transformação do direito deve conter uma redescrição do direito existente. (GIORGI, 1998, p. 155)

O direito demonstra a crescente complexidade da sociedade, “surge então como elemento codeterminante e codeterminado desse processo de desenvolvimento. Ele o fomenta ao adaptar-se às suas necessidades.” (LUHMANN, 1983, p. 34). A transformação, a adaptação são partes do processo jurídico, todavia, estas surgem no cerne do próprio direito e não fora dele.

Evidencia-se especialmente o fato de ter passado quase que desapercibido aquele fenômeno que caracteriza, mais que qualquer outro, o direito da sociedade industrial moderna: a positividade do direito. Pela primeira vez na história mundial a modificação do direito, pela legislação desde o século XIX, torna-se parte integrante imanente do próprio direito, e é tratado como questão de rotina corrente: O direito passa a ser visto como em princípio modificável. (LUHMANN, 1983, p. 34)

Então, ao estudar o direito, com vistas à preservação de suas características basilares, autonomia e circularidade, opta-se por retirar qualquer elemento valorativo da sua análise. Pois, como afirma Kelsen, “só se garante seu carácter científico quando se restringe rigorosamente à sua função e o seu método se conserva puro de toda mescla de elementos estranhos”. (LARENZ, 1997, p. 93)

O ponto de partida de Kelsen é a distinção entre os juízos do ser e o dever ser, que, dentro da lógica Luhmanniana aproximar-se-iam das expectativas cognitivas e normativas, guardadas, obviamente, as devidas distinções.

São coisas completamente diferentes o eu dizer que, nas actuais condições, os contratos são normalmente (isto é, na grande maioria dos casos) cumpridos (ou não cumpridos), e o eu dizer que os contratos devem <por direito> ser cumpridos. A primeira frase contém um enunciado sobre um acontecimento que efetivamente se verificou, um juízo de facto; a segunda contém um enunciado sobre o que deve verificar-se (quer efetivamente se verifique, quer não), um juízo sobre o dever ser ou sobre um ser prescrito. (LARENZ, 1997, p. 92)

O objeto da ciência do direito não seriam os fatos, e sim o complexo de normas, isolando-a de todo elemento estranho a ela. Com este distanciamento de outros fatores, “logra afastar a censura de estar a serviço de quaisquer interesses, paixões ou preconceitos políticos, econômicos ou ideológicos, isto é, só assim pode ser ciência”. (LARENZ, 1997, p. 93). Portanto, não existe a decisão negativa ou positiva. Existe a decisão com base na lei, nos

elementos extraídos da norma válida.

“Uma ordem normativa tem que ser interpretada como < um sistema de normas jurídicas válidas, e tem de admitir-se uma norma fundamental correspondente, quando se trata de <um ordenamento coercivo que no seu conjunto é eficaz>”. (LARENZ, 1997, p. 99)

O direito, segundo a tese de Kelsen, dá um significado próprio aos fatos ocorridos na sociedade. Um exemplo disto seria a morte de um indivíduo. Esta ciência pode denominar tal fato, com base em um lastro probatório, de homicídio, designando ao fato as punições previstas na lei. Ou ainda, determinar que uma reunião de homens constitua o processo de votação de uma lei.

O que transforma este fato num ato jurídico (lícito ou ilícito) não é a sua facticidade, não é o seu ser natural, isto é, o seu ser tal como determinado pela lei da causalidade e encerrado no sistema da natureza, mas o sentido objetivo que está ligado a esse ato, a significação que ele possui. (...) a norma funciona como esquema de interpretação. Por outras palavras: o juízo em que se enuncia que um ato de conduta humana constitui um ato jurídico (ou antijurídico) é o resultado de uma interpretação específica, a saber, de uma interpretação normativa. (KELSEN, 1998, p. 4)

Desta forma, o homicídio é ilícito não porque a sociedade assim o considera, ou porque possui um aspecto valorativo negativo, segundo a moral ou a ética, e sim porque se adequa à descrição de uma conduta disposta em lei e somente por isso. A base do direito é a lei e tudo decorre da interpretação desta e sua aplicação. Como a lei é feita pelos homens, não possui, como dito antes, a característica da eternidade, até porque aquela reflete a natureza humana, ou seja, em profunda transformação.

Portanto, o direito é positivo e transitório, interpretando os fatos a partir de sua lógica particular, de seus elementos, não fazendo juízos valorativos sobre ele, e sim normativos. Ao retirar esses juízos de valor, é possível decidir ou analisar um fato de maneira pura, neutra, não relacionando com possíveis interesses envolvidos em uma determinada situação ou processo. Esta pureza é que garantiria o melhor resultado, a partir da leitura da lei, independente de conceitos de moralidade e justiça.

Se uma assembleia de homens constitui um parlamento e se o resultado da sua atividade é juridicamente vinculante – por outras palavras: se estes fatos têm esta significação -, isso quer dizer apenas que toda aquela situação de fato corresponde às normas constitucionais. Isso quer dizer, em suma, que o conteúdo de um acontecer fático coincide com o conteúdo de uma norma que consideramos válida. (KELSEN, 1998, p. 5)

A teoria pura pensada por Kelsen fornece uma teoria da interpretação jurídica. Esta teoria “não se preocupa com o conteúdo, mas só com a estrutura lógica das normas jurídicas; verifica o sentido, a possibilidade e os limites de todo e qualquer enunciado jurídico (não de um certo

enunciado jurídico), bem como a espécie e o modo de seu estabelecimento” (LARENZ, 1997, p. 94)

O “dever ser” de Kelsen serve aos propósitos de Luhmann, ainda que este não consiga compreender a fonte lógica daquele, uma vez que, em uma sociedade intensamente e crescentemente complexa, possibilita a redução das expectativas ao dispor do sujeito concretamente considerado (como uma pessoa física, um tanto jurídica, pois não é concebido como um homem e sim como um sujeito de direitos e deveres). Além disso, fornece uma teoria condizente com que Luhmann pensa a respeito de fechamento operacional e auto delimitação, pois ao se deparar com a complexidade social, necessitando adaptar-se, busca dentro de elementos internos, e não externos, produz auto-organização, evoluindo. Nota-se, portanto, que a estrutura lógica não é alterada, mas apenas o conteúdo desta, em certos casos, semelhante ao que ocorre com a expectativa normativa. E de que forma isto ocorre?

Dentro de uma sociedade funcionalmente diferenciada, o número de possibilidades é infinito, necessitando de mecanismos de redução. O direito é um destes mecanismos, talvez o principal, para garantir uma previsibilidade e orientação normativa com relação a certos comportamentos, reduzindo o número de possibilidades.

Dessa forma, a função do direito reside na sua eficiência seletiva, na seleção de expectativas comportamentais que possam ser generalizadas em todas as três dimensões e essa seleção portanto baseia-se na compatibilidade entre determinados mecanismos das generalizações temporal social e prática. **A seleção da forma de generalização apropriada e compatível a cada caso é a variável evolutiva do direito.** Na sua mudança evidencia-se como o direito reage à modificações do sistema social ao longo do desenvolvimento histórico. (LUHMANN, 1983, p. 116, grifo nosso)

Ao se adaptar às mudanças sociais, o direito evolui. A ideia quanto à forma permanece, alterando ou adequando o conteúdo. Por exemplo, quanto a uma expectativa normativa, a ideia relacionada a ela é quanto ao seu cumprimento. Se o desapontamento a esta se tornar frequente, talvez seja o momento de tal norma adaptar-se à nova realidade social. E o que seria o desapontamento? Este é designado, de forma sucinta, como o não atendimento da expectativa imposta. Porém o desapontamento não precisa ser visualizado como um dado negativo ou que precisa ser evitado, pois pode ser compreendido como uma forma de evolução prevista na própria relação direito e sociedade.

Segundo a Ciência do direito por Kelsen (1998) não se pode falar em negativo, pois este critério seria valorativo, mas elemento intrínseco do sistema, o que permite a sua autorreprodução.

Portanto, desapontamentos levam ao incerto, a instabilidade ou são previstos pelo próprio

sistema como forma de evolução?

O desapontamento estimula a atividade, ele não pode ser simplesmente aceito (LUHMANN, 1983, p. 67), ou seja, o não atendimento em sequência de uma determinada expectativa pode levar à alteração desta, não quanto ao nível de exigência, mas quanto ao conteúdo, adaptando-a, visualizando-o como forma de evolução, de modernidade.

Se a expectativa não pode ser modificada ou substituída por novas seguranças, é ela mesma que precisa ser reconstituída no seu nível funcional generalizado, através de processos simbólicos de exposição das expectativas e de tratamento do efeito desapontador. (LUHMANN, 1983, p. 66-67)

A estabilização de estruturas contém não apenas o esboço coerente de seu perfil – o reconhecimento de leis naturais ou o estabelecimento de normas - mas também a disponibilidade de mecanismos para o encaminhamento de desapontamentos – tal como um serviço de manutenção e reparos de estrutura. (LUHMANN, 1983, p. 55)

O direito, a sociedade e as expectativas não são estáticas, são dinâmicas, sendo imprescindível, sem fugir do seu próprio sistema, a reestruturação constante deste. É fundamental que se abra a possibilidade para a alternativa do desapontamento.

Existe a alternativa de modificação da expectativa desapontada, adaptando-a à realidade decepcionante, ou então sustentar a expectativa, e seguir contra a realidade decepcionante.

Entretanto, se se mantiver a expectativa constantemente desapontada, o nível de tensões pode extrapolar o aceitável, produzindo instabilidade e insegurança, que é o contrário do buscado ao utilizar este mecanismo.

Em um mundo com crescente complexidade e contigência isso poderia conduzir a um nível insustentável de tensões e problemas de orientação, caso o sistema social da sociedade como um todo não apresentasse duas possibilidades contrárias de reação a desapontamentos de expectativas. (LUHMANN, 1983, p. 55)

Lembrando, que não haverá alteração no aspecto formal da expectativa normativa, pois esta tem um papel essencial de obrigatoriedade e cumprimento, identificando o indivíduo que não cumpre determinado fato como transgressor, coagindo-o através da sanção ao cumprimento desta.

As normas são expectativas de comportamento estabilizadas em termos contrafáticos. Seu sentido implica na incondicionalidade de sua vigência na medida em que a vigência é experimentada e, portanto, também institucionalizada, independentemente da satisfação fática ou não da norma. O símbolo do “dever ser” expressa principalmente a expectativa dessa vigência contrafática, sem colocar em discussão essa própria qualidade. (LUHMANN, 1983, p. 57)

O direito é um sistema autônomo, sendo que a organização ou adaptação deste pode ser produzida a partir das leis ou das decisões judiciais. A sua natureza é transitória, conquistando

complexidade a partir da sua relação com a sociedade em que está localizado e que regula. Como um sistema autônomo e objetivo, qualquer orientação é embasada na lei, que garante previsibilidade e estabilidade. Utilizando o exemplo do contrato: este, a partir da anuência entre as partes contratantes, deve ser cumprido, sob o risco de sanções, como indenização, a partir do seu descumprimento. Ele é lei entre as partes, não porque este fato foi determinado por elas, mas sim porque a lei assim o colocou.

A segurança depende assim, da objetividade e da previsibilidade na identificação do direito, autônomo em relação à moral (valores) e em relação à política (poder). **O conceito de direito que realiza esse anseio por segurança, delimitando o fenômeno jurídico em relação à moral e à política, será chamado de conceito “autônomo”. O conceito autônomo é elaborado a partir da definição do direito como sistema normativo.** O que o caracteriza é simplesmente a presença de critérios regulativos em relação aos quais se pode decidir face a qualquer norma se pertence ou não ao sistema. O que constitui, portanto, o direito como sistema normativo é a presença de um critério regulativo que possibilite determinar a pertinência ou não de uma norma ao sistema, o que significa qualificá-la como jurídica. (BARZOTTO, 2004, p. 19, grifo nosso)

A legislação abarca grande parte das situações percebidas no meio social, orientando o procedimento a ser tomado, e não somente isto, reduzindo as possibilidades, garantindo assim um certo grau de previsibilidade. Portanto, na resolução de um conflito, busca-se uma norma que disponha o que deve ser feito naquele caso específico. Em caso de transgressão da norma, a sua validade não será afetada, sendo aplicada a sanção determinada na norma para o indivíduo.

A validade de uma norma não está ligada, portanto, a uma conformidade com elementos de natureza ética ou metafísica, mas vincula-se a um procedimento específico de produção de normas: “as normas do direito positivo são “válidas”, isto é, elas devem ser obedecidas, não porque elas são, como as leis do direito natural, derivadas da natureza, Deus ou a razão, de um princípio do absolutamente bom, certo ou justo, de um valor absolutamente supremo ou norma fundamental que se revista da pretensão de uma validade absoluta, mas meramente porque ela foi criada de uma certa maneira por uma certa pessoa. (BARZOTTO, 2004, p. 39)

Até, em alguns casos, quando se busca uma solução diferente, por compreender que o direito não poderá dar a resposta mais adequada ao caso, adota-se um direito alternativo, que nada mais é que o próprio direito, quando, talvez devesse procurar uma alternativa ao direito, segundo GIORGI (1998).

Portanto, se o direito é um sistema fechado em si mesmo, que em sua adaptação e transformação, usa elementos intrínsecos a ele, é possível decidir em certos casos com elementos que vão além do posto pelo direito? Mais especificamente, a opinião pública pode ser utilizada como elemento de decidibilidade, em casos de lacuna e outros, por mostrar-se o meio mais adequado para tal fim? A ideia da opinião pública estaria apoiada na soberania popular, tendo em vista que o povo é quem elege o legislativo?

Todos estes são questionamentos que se fazem a fim de se chegar a uma determinada resposta, qual seja: ao utilizar a opinião pública como elemento de decidibilidade, visualiza-se o acoplamento estrutural ou a corrupção intrassistêmica? Portanto, ela é um argumento válido de certeza jurídica e estabilidade, ou levará a um contexto de instabilidade e imprevisibilidade?

Devemos refletir sobre alternativas ao direito enquanto equivalentes funcionais do direito capazes de reduzir a taxa de exclusão e, conseqüentemente, de violência estrutural que o sistema jurídico pratica. Para essa reflexão pode contribuir uma teoria da sociedade dotada de um potencial para o tratamento da complexidade e capaz de operar nas condições de observação das observações. (GIORGI, 1998, p. 162)

### 3. SISTEMAS SOCIAIS

#### 3.1 – CONSIDERAÇÕES GERAIS

Como foi possível notar, ao tratar sobre a comunicação e a interação dela com outros aspectos da vida em sociedade, ela constitui-se em um aspecto essencial do crescimento da complexidade social, chegando-se à conclusão, ao fim do capítulo anterior, que a teoria que mais se adéqua para análise desta interação é a teoria sistêmica, pois permite que os sistemas sejam estudados isoladamente, reconhecendo as especificidades de cada um e seus códigos únicos por meio dos quais aqueles sistemas se autorreproduzem.

Com base nisso, será necessário compreender um pouco desta teoria e dos sistemas político, jurídico e mediático que discorrem ou sofrem interferência da opinião pública, vértice central de ligação desta tese, sem esquecer, obviamente, que este é um conceito que nasce na esfera política, mas que alcança um sentido/significado diferente nos outros sistemas.

Discutir a opinião pública sobre as suas diversas vertentes é de fundamental importância para compreender as instituições que formam a estrutura da sociedade e o regime democrático que grande parte dos países adota. Todavia, é preciso compreender a teoria sistêmica de Luhmann e sua fundamentação para a construção da ideia de uma sociedade complexa.

Porém, não se trata aqui de fazer um manual ou dicionário para a compreensão do autor, mas simplesmente visualizar como é possível ver a aplicação da sua teoria ao tema abordado e porque foi a eleita para o entendimento da relação entre os dois sistemas, objetos do título desta tese, o que vai ser mais claro ao final do capítulo.

#### 3.2. TEORIA SISTÊMICA

A teoria sistêmica nasceu da necessidade de compreender o mundo e o seu funcionamento, especialmente a partir da evolução das sociedades e da sua complexidade, isto é, através de uma perspectiva sociológica.<sup>16</sup>

Complexidade<sup>17</sup> significa pressão seletiva, pressão seletiva significa contingência e

---

<sup>16</sup> Enfrentar a complexidade arrasadora da realidade faz parte constitutiva da tradição do pensamento ocidental, a partir da imposição de uma ordem, de um sistema. (LUHMANN, 2011, p. 15)

<sup>17</sup> (...) é possível determinar o conceito de complexidade: designaremos complexa uma quantidade de elementos, quando, em virtude de restrições imanentes à capacidade de conexão dos elementos, cada elemento não puder mais a qualquer momento ser conectado com qualquer outro elemento. (LUHMANN, 2005, p. 20)

contingência significa risco. Todo estado de coisas complexo baseia-se numa seleção entre seus elementos, elementos esses que ele emprega para se constituir e se manter. A seleção posiciona e qualifica os elementos, embora para eles também fossem possíveis outras relações. (LUHMANN, 2006, p. 430)

Para alcançar este objetivo, Luhmann imaginou a sociedade constituída por sistemas, como o direito, por exemplo, o que possibilitaria uma organização a ela e viabilizaria o seu desempenho. “A teoria dos sistemas é hoje em dia um conceito unificador de significados e níveis de análises muito diversos. A palavra faz referência a um sentido que não é unívoco. (LUHMANN, 1998, p. 27)

Esta teoria estudou diversos autores, os quais utilizou como componente da sua compreensão de mundo. Pode-se citar dois autores: Parsons e Maturana, que auxiliaram na edificação do seu pensamento, e que serão lembrados ao longo deste capítulo.

Portanto, a teoria dos sistemas tinha a pretensão de organizar o mundo, proporcionando elementos para que fosse possível compreender os diversos fragmentos em que a sociedade estava dividida. Para Luhmann (2005, p. 7), “a comunicação é o operador central de todos os sistemas”. Logo, a comunicação é identificada como o elemento unificador dos sistemas, como se pode aferir abaixo:

O elemento constitutivo dos sistemas sociais é a comunicação, definida como síntese de três seleções: informação, dar a conhecer e entendê-la. A respeito, é necessário enfatizar que este conceito de comunicação não pode dividir-se em ações. A comunicação unitária sucede quando se produz a terceira seleção, vale dizer, quando ego distingue entre a informação e o dar a conhecer provenientes do alter. (LUHMANN, 2005, p. 15)

A sociedade a ser estudada é a complexa ou também denominada funcionalmente diferenciada, que surge em virtude da evolução e que possui como características o excesso de possibilidades que, inicialmente, dificultaria ou impossibilitaria a sua operacionalização.

Então, a teoria é uma forma de compreender esta sociedade e garantir que, ainda que frente a um grande número de variáveis, ela possa estabelecer um meio de continuar se movimentando e se aperfeiçoando. Para isso, Luhmann discorre sobre a ideia de que aquela é formada por diversos sistemas, desde a concepção de indivíduo identificado como sistema psíquico<sup>18</sup>, até o sistema social que possui dentro dele os três sistemas, objeto de estudo desta tese.

(...) Luhmann provocou uma verdadeira revolução na sociologia ao romper com importantes cânones do pensamento sociológico constituído. Trabalhando em seu construtivismo radical, ele deslocou o homem do centro privilegiado da ação e colocou em seu lugar os sistemas sociais. (LUHMANN, 2005, p. 10)

---

<sup>18</sup> “Na forma mais pura das deliberações metafísicas, o sujeito é definido de forma abstrata, mediante a autorreferência e a consciência. (LUHMANN, 2011, p. 252)

Desse modo, imagina-se a sociedade agora constituída por sistemas, sendo necessário compreender o que são sistemas e o porquê desta teoria continuar tão atual e fornecer com absoluta lucidez a resposta de um conflito tão discutido na sociedade, não somente hoje, mas em todos os tempos, como a relação entre os meios de comunicação em massa e as outras frações da sociedade.

De modo geral, pode-se falar de sistema quando se concebe características cujas ausências colocariam em questão o caráter de um objeto como sistema. Às vezes, também a unidade da totalidade de tais características é designada como sistema. (...) A afirmação “existem sistemas” significa, portanto apenas que existem objetos de investigação que apresentam características que justifiquem o emprego do conceito de sistema. (LUHMANN, 1998, p. 27-28)

Cada sistema constitui-se de um código binário, que traduz as relações dentro dele e permite a sua autorreprodução assim como os limites com outros sistemas, identificados como ambiente/entorno por ele, que não estão dispostos hierarquicamente abaixo dele, mas que são essenciais para ele.

Os sistemas se constituem e se mantêm mediante a criação e a conservação da diferença com o entorno, e utilizam seus limites para regular dita diferença. Sem diferença com respeito ao entorno não haveria autorreferência já que a diferença é a premissa para a função de todas as operações autorreferenciais. Neste sentido, a conservação dos limites é a conservação do sistema. (LUHMANN, 1998, p. 40)

Os sistemas e o ambiente são cruciais reciprocamente e, dependendo do sistema a ser considerado, seu ambiente é diferente e produz irritações ou interferências nele, sendo interpretadas e lidas a partir do próprio código do sistema. Essas interferências provenientes do ambiente podem acarretar a autorreprodução dos sistemas, garantindo o seu dinamismo como característica primordial.

O entorno, por outra parte, nunca é entorno, senão sempre é entorno de um sistema do qual constitui o “externo” (todo o demais). Dado um sistema, tudo o que não pertence a ele pertence globalmente ao ambiente, o que é, portanto, diferente para cada sistema (CORSI, ESPOSITO, BARALDI, 1996, p.149)

Os sistemas, estruturas complexas fechadas ao mundo externo, realizam sua reprodução de forma exclusivamente interna e registram os sinais emitidos pelo ambiente circundante por meio do acoplamento estrutural e o fazem como irritações. (LUHMANN, 2005, p. 10)

Toda vez que há a interferência de um elemento do ambiente no sistema, este o lê segundo sua lógica interna, ou seja, ressignifica-o a partir do código que pertence ao sistema em questão. Isto quer dizer que o evento pode ser o mesmo, mas nunca possuirá o mesmo significado, pois um “sistema” diverso o define.

Para Luhmann, cada sistema observa que há em seu meio outros sistemas que igualmente se diferenciam fechando-se diante de seus próprios meios circundantes. Esses sistemas podem observar de acordo com seus próprios critérios de diferenciação e podem ser observados como homogêneos e heterogêneos, amistosos ou hostis, próximos ou distantes. Cada sistema com diferenciação autofortalecida depara-se com outras referências sistêmicas que lhes submetem a perspectivas de observação externas e por ele não controláveis. Além dessa diferenciação autoconfiante associada ao meio externo, ocorrem diferenciações internas no próprio sistema, produto da autopoiese desse mesmo sistema. (LUHMANN, 2005, p. 11)

A Constituição Federal pode ser um exemplo disto, especificamente denominado acoplamento estrutural entre os sistemas político e o jurídico. Porém, a acepção de cada uma é diferente dentro deles. Isto ocorre pois o sistema político e o sistema jurídico trabalham com códigos diferentes que atribuirão função a Carta Magna. O código do sistema jurídico é direito/não direito, enquanto o do sistema político é governo/oposição, portanto, com base em códigos diferentes, a leitura ou o significado nunca poderia ser igual. Isto não quer dizer que um se sobrepõe ao outro, muito pelo contrário, a existência de um é essencial para a do outro, uma vez que a teoria sistêmica se baseia na diferenciação entre sistema e ambiente.

A Carta Magna é o exemplo clássico de acoplamento estrutural. Promove a referida ligação entre o sistema jurídico e o político. Funciona como fator de exclusão e inclusão. Acaba por incluir novos valores e excluir outros anteriormente impostos ao Direito; por outro lado, é tida como mecanismos de irritação do sistema por trazer nova comunicação. (LIMA, 2012, sp)

Semelhante situação ocorre com o acesso à informação, presentes tanto no sistema jurídico como no sistema mediático. O sistema jurídico, como dito acima, opera com o direito e o não direito, enquanto o sistema mediático trabalha com o código informação e não informação. Isso quer dizer que este evento assume caráter único relacionado à função e ao código dentro do sistema em que está a ser analisado.

Logo, as interferências não são elementos que poderão causar a destruição do sistema e sim seu aperfeiçoamento. “Ao transferir seu centro de gravidade para o conceito de *autopoiesis*, a teoria dos sistemas defronta-se com o problema de como estão reguladas as relações entre sistema/meio. Em outras palavras: **nenhum sistema pode evoluir a partir de si mesmo.**” (LUHMANN, 2011, p. 128, grifo nosso)

E, antes de continuar, a fim de compreender corretamente a relação que se quer estabelecer aqui e que fornecerá meios para a construção da resposta da tese dentro deste complexo dilema entre *media* e direito, será necessário a conceituação de alguns institutos utilizados por Luhmann.

### 3.2.1. Sistema e características

A teoria dos sistemas<sup>19</sup> foi uma teoria pensada com fins de alcançar ordem em uma sociedade funcionalmente diferenciada e com uma quantidade de possibilidades impossível de gerenciar, tornando-se fundamental a seleção.

A evolução é sempre concebida como elevação da complexidade social (ou pelo menos suposta não explicitamente), podendo acentuar aqui o papel da dissolução das comunidades tribais e a passagem para a diferenciação funcional, da complexidade do moderno processo econômico, ou das condições de comportamento objetivo-racional em escala mundial. (LUHMANN, 1983, p. 34)

Esta passagem de uma sociedade simples ou primitiva<sup>20</sup> para uma sociedade complexa ou funcionalmente diferenciada estabeleceu, inicialmente, não somente a presença de sistemas, mas de um ordenamento jurídico, tema a ser tratado mais adiante. Sistemas, como já dito, definem-se:

Em geral, se pode falar de sistema quando se tem ante os olhos características tais que, se suprimidas, colocaria em questão do caráter do objeto de dito sistema. Às vezes, também se chama de sistema o conjunto de ditas características. Da teoria geral dos sistemas surge, assim, sub-repticiamente, uma teoria do sistema em geral. (LUHMANN, 1998, p. 28)

A divisão em sistemas e, posteriormente, subsistemas deu-se em virtude do grande número de possibilidades que se observava na sociedade e da necessidade de seleção, organização e controle de contingência.

A complexidade da sociedade estimula, portanto, a diferenciação entre sistema e ambiente e, conseqüentemente, a formação dos diversos sistemas. Esse processo é a delimitação de uma fronteira, uma diferenciação de uma parte do todo e cria um espaço interno dentro do qual é realizada uma operação de dotação de sentido a uma parcela daquela sociedade ampla. (NEVES, 2005, p. 17)

Os sistemas possuem como características um código binário, por meio do qual lêem os componentes e realizam a reprodução dentro do sistema. Cada sistema possui o seu e qualquer interferência do ambiente será interpretada a partir disso, porém identificando que a existência

---

<sup>19</sup> A teoria dos sistemas é uma superteoria particularmente impressionante. Por mais que ela seja contestada, não lhe pode ser negado certo processo de maturação, e atribuímos isso ao fato de que ela pode olhar retrospectivamente para uma história caracterizada por ambições superteóricas, centralizações da diferença e mudança de paradigma. (LUHMANN, 2016, p. 21)

<sup>20</sup> É evidente que apenas uma pequena comunidade, estreitamente unida por laços de parentesco, sentimentos, convicções comuns, localizada num ambiente estável, poderia conseguir viver sob tal regime de normas não oficiais. Sob quaisquer outras condições, essa forma simples de controle social se mostraria deficiente e exigiria vários tipos de suplementação (HART, 2009, p. 119)

do ambiente é tão primordial como o sistema, uma vez que a teoria se baseia nesta diferenciação.

O sistema é a diferença resultante da diferença entre sistema e meio. O conceito de sistema aparece, na definição, duplicado no conceito de diferença. (LUHMANN, 2011, p. 81). Pois não existe somente a diferença com relação ao ambiente, mas a que é reproduzida dentro do sistema como legal/ilegal ou verdadeiro/falso.

Este código binário, presente nos sistemas, identifica-os e permite a sua diferenciação para o ambiente, além da diferenciação dentro do próprio sistema. Qualquer interferência do ambiente no sistema será interpretada a partir do binômio. Isto faz que um evento não seja igual em sistemas diferentes. Além da Constituição Federal, já citada, podemos identificar o vértice deste trabalho, que é a opinião pública. A leitura dela nos sistemas não é igual.

**O código, a unidade dessa diferença específica, é suficiente para determinar que operações pertencem ao sistema e quais ocorrem no ambiente externo do sistema.** Em relação ao código, trata-se assim de uma distinção que só permite a auto-observação com base na distinção entre sistema e ambiente. (LUHMANN, 2005, p. 38-39, grifo nosso)

Este código é um meio de gerenciar a possibilidade de operações ou possibilidades dentro do sistema, porque, como dito acima, dentro da sociedade há um grande número de possibilidades que necessita ser selecionada.

Os códigos sempre possuem uma enunciação positiva e uma enunciação negativa<sup>21</sup>, desta forma apresenta-se no sistema jurídico (direito e não direito) e no sistema mediático (informação e não informação). Não é possível um meio termo ou uma terceira alternativa. Por exemplo, não temos o “ilícito legal”, pois o ato é lícito (direito) ou é ilícito (não direito) e deve ser apreciado a partir disto.

Tal binarismo se expressa em lógica no princípio do terceiro excluído: uma comunicação científica é verdadeira ou não verdadeira e não existem outras possibilidades; um organismo está vivo ou não vivo e não pode estar um pouco vivo (CORSI, ESPOSITO, BARALDI, 1996, p. 40)

Um exemplo que poderia ser citado é o caso dos magistrados alemães que julgaram os judeus durante o período nazista, sendo acusados de compactuar com Hitler na exterminação de milhares de indivíduos, aplicando inúmeras penas capitais.

---

<sup>21</sup> Isto é válido em primeiro lugar para o código da linguagem que permite relacionar toda enunciação positiva com uma enunciação negativa correspondente: o enunciado negativo existe chuva, pode ser entendido como a negação do enunciado negativo hoje não chove (CORSI, ESPOSITO, BARALDI, 1996, p. 40)

A grande pergunta é o porquê dos juristas alemães terem decidido desta forma? Será que estavam interpretando corretamente as leis e todo o resto estava errado? Que a interpretação estava influenciada por um novo tempo e um novo regime totalitário que limitava ao máximo o direito dos indivíduos? Ou ainda, será que estavam sendo forçados a isso?

“Solução definitiva” assim era chamada a ação contra os judeus perpetrada pelos alemães. Alguns dos judeus condenados por esta classe nada haviam feito e todos, de alguma forma ou de outra, foram levados para campos de concentração, sob o pretexto de afastar o perigo, segregar indivíduos “delinquentes”, manter a paz na pátria.

Simon, em seu texto *Reflexões sobre o positivismo Jurídico* (2006), traz um trecho interessante em que demonstra a discricionariedade do juiz ao decidir e a seguir uma interpretação diversa do que a lei dizia, quase ou absolutamente um novo legislar:

Existia, por exemplo, uma lei, de 1935, destinada à proteção do sangue e do casamento alemão. Esta lei proibia o casamento e as relações sexuais extraconjugais entre alemães e judeus. Como pena era prevista a prisão. Os juízes interpretaram a lei de modo que a fattispecie que esta previa se realizasse não somente pela relação sexual, mas já a partir das atividades preliminares. Desta forma, bastava para os juízes, o beijo de um judeu impotente para colocar em perigo a pureza do sangue alemão e, para o sentimento são do povo, a pena de prisão deveria ser substituída pela pena de morte. (SIMON, 2006, p.176)

Como se mostra no trecho acima, uma nova análise foi retirada da lei de forma que ela correspondesse às expectativas de um regime totalitário. Os juízes estiveram a serviço deste regime e deram uma interpretação para as leis, praticamente reescrevendo-as para que correspondessem a novos anseios.

O que se observa é que, ao decidirem, não levaram em conta o binômio presente no sistema jurídico. Ao sentenciar utilizaram um terceiro elemento externo à estrutura sistêmica, buscando no ambiente o fundamento para o seu julgamento. O resultado não se adéqua ao código jurídico do direito e não direito, sendo, portanto, imprevisível.

Semelhante situação ocorreria em casos de divórcio (exemplo citado por Luhmann), se o juiz não decidisse com base no código do sistema do direito, como dispõe-se abaixo:

Por exemplo, o juiz que aplica a lei para decidir casos de divórcio. Frente a um determinado input, ele toma uma decisão já determinada pelo sistema: se os requisitos para a dissolução se cumprem, ele deve decidir pelo divórcio. **Não seria aceitável um tipo de comportamento no qual o juiz incluísse um modo de reflexão como o seguinte: como tantos divórcios já ocorreram, cabe, então, neste caso preciso, negá-lo.** (LUHMANN, 2011, p. 109, grifo nosso)

Portanto, quando a interpretação ocorre por um elemento que está fora do sistema e de seu código binário o resultado não alcançará a certeza que deve estar presente dentro deste sistema. Porém, se o juiz se ativer aos elementos presentes internamente, o sistema cumprirá

sua função.

Entretanto, antes de continuar e aprofundar estes sistemas operacionalmente fechados, é imperioso dizer que: “uma característica da binariedade é, portanto, uma drástica redução, que restringe o infinito leque de possibilidades para apenas duas opções relacionadas através de uma negação” (CORSI, ESPOSITO, BARALDI, 1996, p. 41)

### **3.2.2. Clausura Operativa, Autopoiese e Diferenciação funcional**

Foi possível identificar que cada sistema dentro da sociedade opera com base em um código próprio e particular, que possui enunciados positivos e negativos. As operações ocorrem a partir deste binômio e internamente. Portanto “são operacionalmente fechados, ou seja, permitem operações somente internamente com os elementos intrínsecos a ele.” (LUHMANN, 1998, p. 47)

Denominamos este fato de fechamento ou encerramento operacional, o que possibilita que o sistema se reproduza a partir de si e possibilita a abertura cognitiva, que indica a sua capacidade de estabelecer sentido nas comunicações internas, sejam aquelas de autorreprodução, sejam as oriundas da irritação, que é a forma como ele interpreta o ambiente, reproduzindo dentro dele a diferença que demonstra em relação ao ambiente, pois “o ponto de partida de qualquer análise teórica-sistêmica deve consistir na diferença entre sistema e entorno”. (LUHMANN, 1998, p. 40)

Os sistemas limitam a um número reduzido o conjunto das inúmeras operações com possibilidade de fazerem parte do rol de suas operações internas, que serão dotadas de sentido a partir da diferenciação entre a organização interna do sistema e o restante da sociedade. (NEVES, 2005, 17)

Esta diferenciação, que o sistema estabelecerá com o ambiente, levará em conta, para traduzir os eventos do ambiente, seu código e se autorreproduzirá através de elementos intrínsecos àquele sistema. É importante recordar que esta é uma operação regular do sistema, o qual denomina-se de autorreferência<sup>22</sup>.

Se apresenta a autorreferência quando a operação de observação está incluída no que se indica, isto é, quando a observação indica algo a que pertence. Um sistema social, por exemplo, pode produzir só comunicação e é capaz de considerar a realidade só comunicando; a autorreferência está implícita em toda comunicação em forma de emissão. Do mesmo modo uma consciência só pode pensar e a realidade adquire

---

<sup>22</sup> O conceito de autorreferência indica o fato de que existem sistemas que se referem a si mesmos mediante cada uma de suas operações. Se trata de sistemas que podem observar a realidade só mediante o autocontato. (CORSI, ESPOSITO, BARALDI, 1996, p. 35)

importância só como objeto de referência dos pensamentos. (CORSI, ESPOSITO, BARALDI, 1996, p. 35)

Por conseguinte, no caso apresentado por Luhmann sobre o divórcio, se o sistema jurídico só pensa em direito (não direito), não poderia chegar a qualquer outro resultado que não estivesse contemplado neste sistema. Pois o fato de haver muitos divórcios sendo proferidos não tem relação com o sistema jurídico, constituindo o que se denominou anteriormente de terceiro excluído. Neste caso, observando o binômio, o sistema decide através de elementos internos e não externos. Isto não impede que existam ruídos provenientes do ambiente, porém, o desfecho sempre deverá ocorrer com base em elementos particulares.

O sistema é sistema somente em referência a si mesmo e entorno quando referido por outro sistema. Eles não podem ser considerados como coisas existentes em si mesmas, pois somente existem em referência ao outro. É a isso que se chama “unidade da diferença”

Aquilo que se entendia como diferença entre o todo e as partes se reformula como teoria da diferenciação do sistema e assim se incorpora no paradigma novo. **A diferenciação do sistema não é outra coisa que a repetição da diferença entre sistema e entorno dentro dos sistemas. O sistema total se utiliza a si mesmo como entorno na formação dos sistemas parciais.** (...) Desta maneira, um sistema diferenciado já não consta propriamente de um determinado número de partes e de relações operativamente utilizadas entre sistema e entorno. Estas diferenças reconstruem, em distintas linhas de interseção, o sistema total como a unidade das partes do sistema e seu entorno. A diferenciação é tratada de acordo com o padrão geral da formação de sistemas, e a pergunta de forma adota e até onde chega o grau de complexidade da diferenciação dos sistemas, pode vincular-se novamente com a diferença inicial que constitui a totalidade do sistema. (LUHMANN, 1998, p. 31-32, grifo nosso)

Mas ainda que o entorno de um sistema seja formado por outros sistemas, tem que se compreender que a afirmativa no início do parágrafo abaixo não está incorreta. É preciso somente um cuidado maior ao analisá-la, estando sempre a pensar que a teoria dos sistemas tem como base a diferença entre sistema e entorno e somente visualiza o que há internamente, ou seja, os elementos que estão dentro do sistema.

Luhmann, em os *Sistemas Sociais* (1998) profere a seguinte frase: **“O entorno não é nenhum sistema”** (1998, p. 41, grifo nosso). O olhar aqui deve ser feito alicerçado nesta teoria, isto quer dizer que se os sistemas são reflexivos e todas as operações realizam-se internamente, fundadas em um código próprio não há, para o sistema ao qual está se referindo nenhum outro sistema, somente ambiente. Por exemplo, tudo o que não pertence ao sistema jurídico, sob a ótica deste, é ambiente.

Em todos os tipos de autorreferência nos encontramos ante uma circularidade cerrada, que sem embargo não nega a existência do entorno: este último é, mas ainda, o pressuposto das seleções do sistema. Os sistemas autorreferenciais são sistemas autônomos no sentido que utilizam esta clausura para sua própria autopoiesis e para

suas próprias observações. O conceito de autonomia não indica portanto independência do entorno, senão uma clausura autorreferencial: o entorno pode ampliar o âmbito de possibilidades operativas do sistema, mas isto não anula o fato de que as operações sejam produzidas e conectadas mutuamente entre si apenas pelo sistema (CORSI, ESPOSITO, BARALDI, 1996, p. 36/37)

A autorreprodução, ou seja, a reprodução do sistema a partir dele próprio é uma operação normal, regular do sistema, independentemente de qualquer estímulo exterior, pois o sistema é autônomo e apartado. Esta capacidade de reprodução foi denominada de autopoiese.

Esta nasceu não no campo da sociologia, mas sim no campo da biologia, sendo transportada e ampliada por Luhmann para compreender a reprodução dos sistemas dentro da sua teoria, assim como a sua independência do meio externo.

O conceito de autopoiesis foi formulado pelo biólogo chileno Humberto Maturana ao tentar dar uma definição a organização dos organismos vivos. Um sistema, segundo Maturana, se caracteriza pela capacidade de produzir e reproduzir por si mesmo os elementos que o constituem, e assim define sua própria unidade: cada célula é produto de um retículo de operações internas do sistema do qual ela mesma é um elemento: e não de uma ação externa. (CORSI, ESPOSITO, BARALDI, 1998, 31/32)

Maturana ao criar este conceito aplicava-o somente aos seres vivos, enquanto Luhmann foi além aplicando-o aos sistemas, pois, segundo o autor, dentro dos sistemas operacionalmente fechados todas operações ocorrem internamente, modificando este a partir do seu próprio código.

A principal característica dos sistemas, sejam sociais ou psíquicos, que são os que nos interessam, na concepção luhmanniana, é o fechamento operacional por meio da autopoiesis. Os sistemas sociais, mediante a autopoiesis, geram e reproduzem internamente seus próprios elementos de funcionamento sem a interferência ou influência de elementos externos. Os sistemas sociais são, portanto, sistemas autorreferenciais, ou seja, todos os processos comunicativos internos dizem respeito a elementos internos e são definidos a partir de orientação interna. (NEVES, 2005, 20)

A forma de pensar de Luhmann foi e ainda é muito criticada, porém ela estabelece parâmetros para compreender e organizar a sociedade cada vez mais complexa e com um número de expectativas que precisa ser selecionado. Visualizando cada sistema com seus elementos é possível saber qual resultado será alcançado a partir de uma operação, ou seja, proporciona segurança e previsibilidade.

Por exemplo, quando se fala do direito à educação está estudando-o sob a ótica do âmbito jurídico, deste modo, observa-se que se encontra presente na Constituição como um direito fundamental, que deve ser garantido pelo Estado. Por conseguinte, quando se fala somente de educação, ela é observada do olhar do sistema educativo, do binômio educação/não educação, dentro da perspectiva do aprendizado. Estes dois sistemas não se comunicam, pois cada um em

relação ao outro é ambiente, estabelecendo a diferenciação que é o que mantém um direcionamento segundo a função estabelecida pelo sistema.

Apesar de não haver comunicação entre os sistemas, em algumas situações há ruídos provenientes do ambiente. Estes ruídos (perturbações ou estímulos) podem provocar irritações no sistema. Todavia, os ruídos, mesmo que sejam incorporados ao sistema serão compreendidos segundo o sistema, baseado em seu binômio.

“Irritação (perturbação, estimulação) significa, portanto, desenvolver o processamento de informação que só pode se realizar dentro do sistema. (...) O sistema pode reagir à irritação, igualmente com aceitação ou rejeição”. (LUHMANN, 2011, p. 139).

A irritabilidade dos sistemas deve ser reforçada e isto pode ocorrer somente no contexto do seu operar fechado. Entretanto, é precisamente a isso que aspira a teoria dos sistemas, ao tratar a distinção entre sistema e meio como forma do sistema. (LUHMANN, 2011, p. 202)

Um sistema não é perfeitamente autônomo, nem autocontido, se não possui sua própria negação. (LUHMANN, 2011, p. 203)

Os sistemas encerrados operacionalmente só se constituem mediante operações internas. (LUHMANN, 2011, p. 103). Isto não quer dizer que não existam ruídos provenientes do ambiente, que é constituído por outros sistemas diversos. Porém estes elementos somente serão visualizados como parte do sistema, a partir do seu binômio.

A autopoiesis, como autorreprodução do sistema, opera na confluência na produção interna dos elementos constitutivos do sistema, ou seja, seu fechamento operacional, com sua abertura cognitiva, isto é, sua capacidade de ser estimulado pelo ambiente com informações que lhe aparecem como perturbação e irritação. Por isso as autopoiesis dos variados sistemas evoluem conjuntamente, ainda que cada uma delas se realize com os elementos constitutivos de seu respectivo sistema. (NEVES, 2005, p. 51)

Por consequência, com base no comentário acima observa-se não somente a diferenciação dentro dos sistemas, mas a formação de subsistemas internamente, com base na diferenciação.

A resposta da teoria dos sistemas fechados afirma que há sistemas que, a partir de seu interior, são capazes de desenvolver um processo por meio do qual diferenciam a observação, com a finalidade de aumentar sua capacidade perante o meio; sendo possível, geralmente, distinguir três tipos de sistemas, pelo modo com que realizam essa observação: biológicos, psíquicos, sociais. (LUHMANN, 2011, p. 74)

Apesar de, ao final, serem citados três sistemas, usualmente fala-se de dois maiores (social e psíquico) que, como já se disse, formarão outros subsistemas ou sistemas parciais como forma de lidar com um grau tão alto de complexidade, observando a função e o sentido de cada um.

Nas sociedades diferenciadas funcionalmente, ou seja, marcadas pela presença de

subsistemas que operam a partir de códigos de comunicação específicos, a “função” é a relação do subsistema com o todo. No caso do subsistema político, sua função para o sistema social é a de tomar decisões coletivamente vinculantes. No caso do sistema jurídico, sua função é garantir expectativas normativas. Num e noutro caso, a atuação dos subsistemas – como sistemas operativamente fechados – se identifica com a reprodução do próprio subsistema a partir de seus elementos internos. (CAMPILONGO, 2002, p. 155)

### 3.2.3. Sistema político

O sistema político é um sistema parcial da sociedade diferenciado por funções. Sua função específica é proporcionar à sociedade a capacidade de decidir de forma coletivamente vinculante. (CORSI, ESPOSITO, BARALDI, 1998, p. 128). Este processo coletivo denomina-se eleição, realizada periodicamente e integra o médium político, proporcionando o avanço das ações dentro do sistema.

A continuidade da comunicação política depende da constante variação, seleção e estabilização de decisões coletivamente vinculantes. Um dos mecanismos básicos de atuação desses códigos de comunicação é a eleição política. O procedimento eleitoral permite a atuação de um sistema político. (CAMPILONGO, 2002, p. 71)

O sistema político tem como código binário o governo e oposição. Talvez este, mais do que os outros subsistemas, passe por situações de instabilidade e diferenciação, pois a posição dos elementos desse binômio no interior do sistema modifica-se com muita frequência, sem que este seja efetivamente afetado, através das eleições/voto/processo eleitoral.

Esta instabilidade, absorvida e prevista no sistema, viabiliza a alteração dentro do sistema, que se autorreproduz e passa por um processo de autopoiese.

Os processos de reprodução dentro do sistema estão intrinsecamente relacionados ao poder. Assim, “A política está intimamente ligada ao processo e ao uso do poder, o que permite que a função da política seja desempenhada”. (CORSI, ESPOSITO, BARALDI, 1998, p. 128)

O poder é diferenciado e fixo através dos cargos estatais: a distinção entre superior e inferior é, com efeito, a distinção entre os titulares dos cargos (os que governam) e os que estão sujeitos aos cargos (os governados). A detenção formal do poder através de cargos garante seu exercício de desenvolvimento de forma controlada (a tal ponto que a confusão entre cargo e pessoa, é considerada um desvio: em grau máximo, corrupção). CORSI, ESPOSITO, BARALDI, 1998, p. 128)

Uma vez que ocupar uma posição por alguém significa não ocupar por outros, a estrutura das posições determina o código político governo/oposição: quem detém posições e poder governa e quem não detém posições ou poder é a oposição. A distinção governo/oposição constitui uma recodificação do poder político que torna possível a tecnificação: com base na qual se pode passar diretamente de inferior a superior e vice-versa. (CORSI, ESPOSITO, BARALDI, 1998, p. 128/129)

Esta possibilidade de alternância entre quem é governo e quem é a oposição é o fundamento da democracia. Se não houver oposição não há democracia, uma vez que o sistema visualizado por Luhmann baseia-se no binômio governo e oposição.

Dentro deste sistema, surgem outras distinções como maioria e minoria, progressista e conservador.

### 3.2.4. Sistema jurídico

Toda convivência humana é direta ou indiretamente cunhada pelo direito. Como no caso do saber, o direito é um fato social que em tudo se insinua, e do qual é impossível se abstrair. Sem o direito, nenhuma esfera da vida encontra um ordenamento social duradouro; nem a família ou a comunidade religiosa, nem a pesquisa científica ou a organização partidária de orientações políticas. A convivência social está pré-sujeitada a regras normativas que excluem outros possíveis ordenamentos, e que pretendem ser impositivos, de forma suficientemente efetiva. Sempre é imprescindível um mínimo de orientação através do direito, se bem que possam variar o grau de explicitação das normas do direito e a sua efetividade em termos de determinação comportamental. (LUHMANN, 1983, p. 7)

O direito dentre todos os sistemas sociais é o único sistema que tem essa capacidade de trabalhar no nível de dever ser com grau de constrangimento, ou seja, ele obriga a fazer havendo a presença da coerção não em nível de violência física, mas sim de possibilidade de sanção jurídica.

O direito é um sistema funcionalmente diferenciado da sociedade moderna cuja função é manter as expectativas estáveis, mesmo que sejam fúteis. Ditas expectativas são normas que permanecem estáveis independentemente de sua eventual violação. (CORSI, ESPOSITO, BARALDI, 1998, p. 54). Ou seja, a regra de Direito não muda em decorrência de uma transgressão ou do desapontamento.

(...) o comportamento social em um mundo altamente complexo e contingente exige a realização de reduções que possibilitem expectativas comportamentais recíprocas e que são orientadas a partir das expectativas sobre tais expectativas. Na dimensão temporal essas estruturas de expectativas podem ser estabilizadas contra frustrações através da normatização (LUHMANN, 1983, p. 109)

O direito nasce a partir desta necessidade social premente de estabilização destas

sociedades que acabaram de se sedentarizar. Saem de uma sociedade nômade e passam a adotar a agricultura. Isso significa que o direito nasce no momento em que um grupo social passa de uma fase inorgânica para uma fase orgânica, da fase de grupo inorgânico ou não organizado para a fase de grupo organizado (BOBBIO, 2008, p. 9). Aquele estabelece o que se pode esperar uns dos outros, especialmente quanto à domesticação da violência. A separação entre ser e dever ser, ou entre verdade e direito não é estrutura do mundo *a priori*, mas uma aquisição da evolução (LUHMANN, 1983, p. 58).

Na medida em que desloca da força física as funções expositivas, torna-se possível uma limitação essencial dos casos de interação seriamente violentas. A força recua enquanto forma de expressão da sociedade. Não é necessário portar armas para sair à rua, já anunciavam os gregos como uma conquista da polis. Nas sociedades complexas a relação entre casos de violência e casos jurídicos torna-se extremamente baixa. Com isso, reduzem-se também os problemas de consequência da força: o número de mortos culpados ou inocentes, de mutilados, de órfãos e viúvas, o número de distúrbios funcionais no todo das interações. (LUHMANN, 1983, p.132)

As sociedades mudam e evoluem e o mesmo acontece com o direito, estabelecendo a partir do seu binômio o que é direito e não direito. Há um parâmetro de comportamento a ser seguido que é determinado em lei. O código que orienta o direito está constituído pela diferença binária legal/ilegal: existe comunicação jurídica toda vez que em caso de controvérsias deve lograr decidir quem possui a razão da legalidade e quem não. Portanto, o direito é um sistema que resolve conflitos e ao mesmo tempo gera outros, uma vez que com base na lei pode resistir a pressões ou ordens expressas podem ser rejeitadas. (COSI, ESPOSITO, BARALDI, 1998, p. 54)

O direito não é primariamente um ordenamento coativo, mas sim um alívio para as expectativas. O alívio consiste na disponibilidade de caminhos congruentes generalizados para as expectativas, significando uma eficiente indiferença inofensiva contra outras possibilidades, que reduz consideravelmente o risco da expectativa contra fática. A coação relevante para o direito em termos constitutivos reside na obrigatoriedade de selecionar expectativas, a qual, por seu lado, em poucos mas importantes casos pode motivar a imposição de determinados comportamentos. (LUHMANN, 1983, p. 115)

É difícil visualizar qualquer comunidade sem a presença de normas, sejam elas originadas dos costumes, da moral ou do direito. Em outras palavras: pode-se perfeitamente admitir que o direito pressupõe a sociedade, ou seja, é o produto da vida social, mas não se pode admitir que toda sociedade é jurídica (BOBBIO, 2008, p. 10)

As comunidades antes do advento do direito possuíam regras que regulavam as condutas individuais, estabelecendo a função de cada um dentro da comunidade. Mesmo que não houvesse a força do direito havia uma obediência a elas.

O sistema jurídico se diferencia e se especifica funcionalmente em relação ao seu

ambiente. Esse processo é típico da sociedade moderna e é definido pela positivação do direito. Direito moderno é direito positivo, isso é, posto e válido por uma decisão. Não representa exclusivamente “redução de complexidade”. É também acréscimo de complexidade em todas as dimensões: variação no tempo, expansão dos temas “juridificáveis” e geração de predisposição antecipada à observância das decisões (legitimação do procedimento). O direito positivo também expande sua contingência, vale dizer, a presença do diverso como possível. (CAMPILONGO, 2002, p. 21)

Dentro de um ordenamento jurídico, cada cidadão conhece de antemão qual comportamento é possível e lícito dentro dele, submetendo-se à presença de sanção frente ao descumprimento dele. Neste caso, há a possibilidade daquela comunidade crescer, mesmo que as regras não sejam aceitas pela maioria da comunidade, elas são obedecidas, pois sabe-se que isso irá possibilitar uma segurança jurídica dentro desta. A obediência às regras origina uma expectativa que é quebrada quando há o desvio. Luhmann fornece um interessante exemplo desta “quebra de expectativa”, como forma de facilitar a compreensão dos seus leitores.

Se, por exemplo, uma mulher sempre serve ao seu marido comida fria no jantar e espera que o seu marido espere isso, esse marido, por seu lado, tem que esperar essa expectativa de expectativas – de outra forma ele não perceberia que ao desejar inesperadamente uma sopa quente ele não só causaria um incômodo, mas também enfraqueceria a segurança das expectativas de sua mulher com relação a ele próprio (...). (LUHMANN, 1983, p. 49)

A existência de expectativas, ainda que descumpridas em certas situações, estabelecem um controle da complexidade. Delimitam os comportamentos, proporcionando certeza e estabilidade nas relações, especialmente frente às possibilidades.

Deve-se sempre observar que, especialmente no sistema jurídico, pode haver muitos ruídos provenientes do ambiente, porém o resultado deve se ater aos elementos intrínsecos dentro do sistema jurídico, principalmente no que concerne às decisões judiciais ou casos com conflitos que foram levados ao parecer do juiz. Deve-se separar também o que é sistema e o que é ambiente.

1)O sistema social, na medida em que aumenta sua complexidade, é reestruturado no sentido da formação de sistemas parciais funcionalmente específicos. Isso leva a uma maior variedade, à superprodução de possibilidades de experimentação e de ação, inclusive de projetos normativos nos sistemas parciais, forçando assim uma maior seletividade.

2)Ao desempenhar-se seletivamente, esse desenvolvimento é levado à esfera do direito através da diferenciação de sistemas (processos) especiais de interação, específicos ao direito aos quais se tornam sustentáculos sociais, crescentemente autônomos, das decisões jurídicas imperativas.

3) O próprio direito é autonomizado ao nível da sociedade através da crescente separação entre expectativas cognitivas e normativas, e o arcabouço de suas definições de sentido assume representações mais abstratas (mais ricas em variações) no lugar de noções concretas. (LUHMANN, 1983, p. 175)

O direito, dentro os sistemas, apresenta um processo evolutivo talvez mais intenso, pois,

ao acompanhar o desenvolvimento social visualiza-se a presença de novos bens que devem ser protegidos, bem como de novos comportamentos que devem ser regulados.

Desse ponto de vista, o direito é um sistema social dotado de sua própria evolução. A variação evolutiva é constituída pela comunicação de expectativas normativas negligenciadas: isso acontece quando um comportamento visto retrospectivamente se mostra uma decepção das expectativas. (CORSI, ESPOSITO BARALDI, 1998, p. 55)

Ao falar deste processo evolutivo e do descumprimento das normas, faz-se preciso diferenciar e compreender o que para Luhmann são expectativas normativas e cognitivas.

#### 3.2.4.1 Expectativas normativas e cognitivas

Luhmann introduz no seu pensamento social dois conceitos que irão corresponder às definições de Hart, discutidas no livro *O conceito de direito* (2009), trabalhando com a ideia de que:

As expectativas são condensações de referências de sentido que recomendam de que forma se indica e como se delinea uma determinada situação. Tem a função de orientar de modo relativamente estável a comunicação e o pensamento frente a complexidade e a contingência do mundo. (...)

As expectativas se formam mediante a seleção de uma gama limitada de possibilidades a respeito das quais pode orientar-se um sistema. (CORSI, ESPOSITO, BARALDI 1996, p.79)

As expectativas reduzem o número de possibilidades, diminuindo a complexidade<sup>23</sup>, seleciona a partir da comunicação ou das regras/conduas possíveis dentro da sociedade.

Na expectativa cognitiva espera-se um determinado comportamento de outro indivíduo com base em um conhecimento prévio, estabelecido a partir de processo comunicativo transmitido pelas instituições, família, comunidade. Por exemplo, se duas pessoas se conhecem há uma expectativa de que quando se encontrem uma ao cumprimentar a outra seja correspondida no seu cumprimento. Não há nenhuma sanção se a outra pessoa não cumprimentar a primeira. Um outro exemplo citado por Luhmann (1983) diz respeito à contratação de uma nova secretária: espera-se que ela possua algumas características físicas, mas isso a nível cognitivo e não normativo. O não preenchimento destes atributos não gerará nenhuma punição, talvez simplesmente o desapontamento, mas nada além disso.

Nesta mesma direção, um exemplo citado em sala de aula demonstra esta expectativa

---

<sup>23</sup> Com complexidade queremos dizer que sempre existem mais possibilidades do que se pode realizar (LUHMANN, 1983, p. 45)

cognitiva: dois professores encontravam-se anualmente em um congresso e após as suas palestras, saíam para tomar um café. Em um determinado ano um deles foi embora antes, não se encontrando com o outro. A convergência de condutas não criou nenhum dever ser, ela adveio de um conhecimento prévio que pode, como dito acima, gerar no máximo um desapontamento em virtude do não preenchimento da expectativa.

A expectativa normativa é uma espécie de expectativa cognitiva também, pois envolve um nível de conhecimento comunicativo, entretanto tem o dado do dever ser. Se esse dever ser não for cumprido isto ensejará uma punição por parte do sistema. O sistema força o indivíduo a fazer aquilo que é o dever.

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

No mesmo exemplo citado anteriormente ainda que a secretária não apresente certas características a nível cognitivo é necessário que possua determinadas capacidades para a realização do serviço. Quanto a isso, não se pode adaptar as expectativas (1983). Ou seja, a expectativa normativa estabelece um dever ser que não está sujeito à adaptação por parte de quem estabelece, mas sim para o grupo que está sujeito a ela.

A expectativa cognitiva de Luhmann assemelha-se ao hábito de Hart, na medida em que determina um comportamento geral, a ser seguido em regra pela maior parte do grupo. Estabelece um ser e não um dever ser, tendo Hart disposto três diferenças entre elas.

Quanto ao hábito, o distanciamento do comportamento usual não precisa ser alvo de nenhuma crítica. Mas essa convergência geral ou mesmo identidade de comportamento não é suficiente para caracterizar a existência de uma norma. (HART, 2009, p. 74). Ou seja, as pessoas adotam uma determinada conduta em virtude de um conhecimento prévio, porém não existe sanção em virtude da falta desta.

A norma assemelha-se à expectativa normativa em que a transgressão desta enseja a aplicação de uma sanção, variando somente de acordo com a natureza da norma. Se for uma regra moral a punição em virtude do desvio sofrerá uma crítica distinta da regra jurídica, porém

a censura em virtude das transgressões é em regra aceita pela maior parte da sociedade.

Quando existe uma norma, os desvios são normalmente vistos como lapsos ou erros sujeitos à crítica, e as ameaças de desvio sofrem pressão no sentido da obediência, embora as formas de crítica e de pressão variem com os diversos tipos de norma (HART, 2009, p. 74).

Quanto ao hábito, os indivíduos não se sentem compelidos a seguir uma determinada conduta. Quando um hábito é generalizado em um grupo social essa generalidade é apenas uma constatação de fato sobre o comportamento observável da maior parte do grupo (HART, 2009, p. 75). O hábito é diferente da norma social, pois nesta “é preciso que pelo menos algumas pessoas encarem o comportamento em questão como padrão geral a ser seguido pelo grupo como um todo” (HART, 2009, p. 75), ensejando uma reação em virtude do descumprimento.

Um exemplo de norma social é a exigência de um tipo de vestuário adequado para adentrar em alguns ambientes. A não adequação a esta regra enseja a proibição de ingresso enquanto não se seguir o que foi determinado. Ou seja, não há somente uma convergência de condutas neste caso, mas um padrão a ser seguido.

Partindo do hábito meramente fático, o qual segue-se sem qualquer sensação de exigência ou obrigatoriedade, é possível destacar o uso e o costume como um comportamento estimado e valorizado, cuja obrigatoriedade torna-se manifesta por ocasião de transgressões; pode-se distinguir ainda as regras morais em termos de expectativas antecipatórias formuladas normativamente, através das quais impõe-se como norma também a sensação de obrigatoriedade interna; finalmente separa-se o direito, definido por características especialmente limitadoras – através da existência de papéis especiais que decidem os conflitos de forma impositiva, ou através da disposição ao estabelecimento de sanções no caso de transgressões, ou pela combinação de ambas as características.(LUHMANN, 1983, p. 42)

A simples cognição sem a presença do dever ser pode funcionar em sociedades simples<sup>24</sup> ou em pequenos grupos, porém não consegue estabelecer o convívio dentro de sociedades cada vez mais complexas, pois é essencial o estabelecimento de condutas possíveis dentro dela, bem como irá se observar mais adiante do controle da violência através do estabelecimento de sanções.

É possível, evidentemente imaginar uma sociedade desprovida de poder legislativo, tribunais ou autoridades de qualquer espécie. De fato, muitos estudos sobre comunidades primitivas não apenas afirmam que essa possibilidade se realiza, mas retratam detalhadamente a vida de uma sociedade na qual o único meio de controle social é aquela atitude geral do grupo diante de suas próprias modalidades convencionais de comportamento, sob cujos traços já caracterizamos as normas de obrigação. (HART, 2009, p. 118)

---

<sup>24</sup> É evidente que apenas uma pequena comunidade, estreitamente unida por laços de parentesco, sentimentos, convicções comuns, localizada num ambiente estável, poderia conseguir viver sob tal regime de normas não oficiais. Sob quaisquer outras condições, essa forma simples de controle social se mostraria deficiente e exigiria vários tipos de suplementação (HART, 2009, p. 119)

Porém, como se pode perceber dentro de uma comunidade complexa funcionalmente diferenciada é necessário diminuir a complexidade.

As expectativas normativas possibilitam, pelo menos em sociedades mais complexas e ricas em alternativas, uma acentuada redução da complexidade e da contingência. Essa vantagem, porém, tem a contrapartida de que essa solução é válida para comportamentos intrínsecos ao sistema definindo o futuro de forma pouco clara, ou seja, apenas em termos da alternativa entre comportamento conforme e comportamento divergente. Essa alternativa, a disjunção da moralidade do comportamento conforme e do comportamento divergente acompanhada de uma preferência à conformidade, representa como que a “visão interna” da seletividade. Ela projeta essa seleção dentro do próprio sistema sem apresentar-se a si mesma como questão e problema: o comportamento cotidiano se refere não mais à alternativa em si, mas à alternativa entre comportamento conforme ou divergente, cuja diferenciação é considerada como dada.

### 3.2.5. Sistema mediático

O sistema mediático é um dos sistemas parciais de maior destaque na atualidade. Ele advém da subdivisão do sistema social em virtude do aumento da complexidade e da diferenciação funcional. Está relacionado aos meios de comunicação, sendo considerado o médium, meio.

Cada sistema funciona a partir da sua lógica própria, a partir de um binômio particular. Ele não se comunica com outros sistemas, como foi dito anteriormente, uma vez que a linguagem dos outros é diferente da sua linguagem. Tudo o que ele compreende é a partir de si mesmo, ou seja, tudo o que está fora, que é ambiente, ele traduz para sua linguagem. A própria ideia de “comunicar” tem diversos significados em diferentes sistemas.

Finalmente erra ao supor que comunicar e entender ocorram de forma simultânea. (LUHMANN, 2005, p. 7). O que se diz não é a mesma coisa que se ouve, ou que se compreende, pois cada um traduz isto para si de uma maneira diversificada.

Tudo isso se deve, diz Luhmann, ao excesso de ontologia nas teorias da comunicação que pressupõem que **a informação que se transmite é a mesma que se recebe.** (LUHMANN, 2005, p. 7, grifo nosso)

O código do sistema dos meios de comunicação é informação e não informação. A informação é, portanto, um valor positivo, um valor de designação com o qual o sistema

descreve as possibilidades de seu próprio operar. Mas, para se ter a liberdade de poder ver algo como informação ou não é preciso também a possibilidade de se tomar algo como não informativo. (LUHMANN, 2005, p. 39) e para verificar isto é necessário ler a partir do código qualquer ruído externo e ressignificar com o valor de informação. Sem o código o sistema não conseguiria se reproduzir, pois não poderia identificar o que está dentro ou fora dele.

Este talvez fosse o primeiro processo, depois é preciso identificar a que aspecto ela pertence.

Sem ter a intenção de oferecer uma dedução e uma fundamentação sistemática de uma tipologia fechada, distinguimos de forma puramente indutiva entre: notícias e reportagens, publicidade, entretenimento. Cada uma dessas áreas utiliza-se do código informação/não informação, se bem que em versões muito diferenciadas; contudo, elas distinguem-se no que se refere aos critérios que fundamentam a escolha de informações. Por isso, falaremos também de programação (e não de subsistemas). (LUHMANN, 2005, p. 51)

Como foi dito acima, tem-se a subdivisão do sistema mediático em elementos diferentes relacionados a uma diferenciação de sentido dentro do sistema. Creio que até o binômio pode se especializar, pois não se relaciona somente com informação e não informação, mas o sentido e a finalidade que se dá a ela. A primeira são as notícias e reportagens, na qual Luhmann estabelece duras críticas.

O espaço da programação atribuído às notícias e reportagens é o que mais facilmente se reconhece como sendo de elaboração e processamento de informações. Nesse espaço os meios de comunicação divulgam a ignorância na forma de fatos que precisam ser continuamente renovados e para que ela não seja notada. (LUHMANN, 2005, p. 53)

Há dois fatores que devem ser levados em conta dentro do aspecto das notícias que são a surpresa ou novidade que ela deve conter, além de ter de ser fornecida em tempo hábil, ou seja, o mais breve possível. **“A observação dos acontecimentos com dimensão social ocorre quase ao mesmo tempo que os próprios acontecimentos.”** (LUHMANN, 2005, p. 55, grifo nosso) Quando se percebe o interesse no que foi veiculado normalmente repete-se inúmeras vezes (dependendo do fato em específico, após deixar de ser considerado notícia por perder o seu caráter de ineditismo torna-se entretenimento).

No caso das informações que são apresentadas na forma de notícias e reportagens supõe-se e acredita-se que sejam corretas, verdadeiras. Pode-se errar e ocasionalmente chegar-se a relatos falsos, mas isso é normalmente explicado. (LUHMANN, 2005, p. 55). Para inverdades são precisos interesses especiais que não podem ser generalizáveis.<sup>25</sup>

---

<sup>25</sup> É necessário recordar que a maioria dos fatos não são passíveis de verificação.

O segundo tipo de programação é a publicidade que está relacionada a um aspecto comercial da comunicação, possuindo fins diversos do “informar um fato”. Na verdade quer promover em regra um produto ainda que ele não possua nenhuma das qualidades apresentadas.

“A publicidade tenta manipular, ela trabalha de forma pouco sincera e pressupõe que isso seja um pressuposto. Ela assume, por assim dizer, o pecado mortal dos meios de comunicação – como se dessa maneira todos os demais programas pudessem ser salvos.” (LUHMANN, 2005, p. 83)

A publicidade declara seus motivos, mas refina e encobre frequentemente seus meios. (LUHMANN, 2005, p. 83). Ela não oculta a sua intenção, apesar de utilizar instrumentos capazes de maximizar ou criar no indivíduo uma necessidade que não existia anteriormente

Há limites legais para o ato de enganar conscientemente, mas isso não vale quando se trata da costumeira cumplicidade dos destinatários no sentido de se enganarem a si mesmos. Cada vez mais as mensagens publicitárias ocupam-se hoje em dia em tornar desconhecido ao destinatário o motivo daquilo que é anunciado. Ele reconhece que se trata de publicidade, mas que não está sendo influenciado. Sugere-se que o destinatário tenha liberdade de decisão e até mesmo que ele deseje, por si mesmo, aquilo que ele jamais desejaria. (LUHMANN, 2005, p. 84)

O terceiro tipo de programação é o entretenimento, que tem por finalidade distrair, divertir, agradar o observador. Pode compor-se de fatos que foram tidos como informação, assim como elementos absolutamente ficcionais.

Portanto, “entretenimento significa não procurar nem encontrar nenhum motivo para responder à comunicação com comunicação. Em vez disso o observador pode concentrar-se na vivência e nos motivos das pessoas apresentadas no texto e nesse caso praticar a observação de segunda ordem.” (LUHMANN, 2005, p. 102)

O tipo de programação que interessa a este trabalho é a notícia e a reportagem, por meio das quais o observador mantém-se atualizado sobre os acontecimentos do mundo circundante, relacionando-se ao aspecto positivo do binômio, ou seja, informação que será vista mais profundamente agora.

Informação é “qualquer diferença que em um acontecimento posterior faz a diferença”. (LUHMANN, 2005, p. 41), ou seja, que produz uma ressonância ou uma repercussão no sistema. A informação sofre um processo de seleção. O primeiro observador elege que fatos chegarão ao conhecimento do público, provocando a partir disto uma construção da realidade.

Certamente, a mais importante informação/não informação está na relação deste com o tempo. “Informações não podem ser repetidas; elas transformam-se em não informação no momento em que se tornam acontecimento. Uma notícia, quando usada pela segunda vez

mantém certamente seu sentido, mas perde seu valor informativo”. (LUHMANN, 2005, p. 42-43). Considerando, novamente, que este valor informativo se relaciona à ideia de novidade.

Portanto, dentro do sistema mediático há o elemento da surpresa e da novidade. Juntamente com este, há o elemento “tempo” a ser mostrado posteriormente.

Os meios de comunicação se diferenciam entre si. Sua diferenciação quer, antes que nada, a diferenciação dos problemas de referência (improbabilidades particulares de êxito da comunicação). A diferenciação acontece no curso da evolução da sociedade, a consequência da criação e do crescimento de problemas de improbabilidade de êxito da comunicação. Os meios de comunicação são, portanto, um produto da evolução social. (CORSI, ESPOSITO, BARALDI, 1998, p.107)

Neste sistema, em virtude da sua caracterização e da ocorrência das operações e da denominada observação, é necessário identificar ainda mais o que pertence ao sistema, autorreferência e o que não pertence ao sistema, heterorreferência.

Se todo o conhecimento precisar ser alcançado com base na distinção entre auto-referência e heterorreferência, isso é o mesmo que dizer que todo o conhecimento (e, com isso, toda a realidade) é uma construção. Pois essa distinção entre auto-referência e heterorreferência não pode estar no ambiente externo do sistema (o que seria aí o “auto-” e o que seria o “hetero-?”), mas no próprio sistema. (LUHMANN, 2005, p. 21)

O elemento da “escrita” permitiu um avanço no sistema mediático a partir do momento em que não foi utilizada apenas para traduzir o que se dizia oralmente. Ou seja, permitia que o conhecimento chegasse a um maior número de pessoas. E, com o avanço tecnológico, passou a ser chamado por meios de difusão ou de comunicação de massa.

Um efeito relevante da comunicação sobre a comunicação consiste na separação produzida por uma enorme quantidade de possibilidades para novas combinações e na ordenação das sequências de comunicação. A escrita também dificulta o esquecimento da comunicação: o texto sempre pode estar disponível. (CORSI, ESPOSITO, BARALDI, 1998, p. 111)<sup>26</sup>

A ideia principal é de que somente a fabricação industrial de um produto enquanto portador da comunicação – mas não a escrita enquanto tal – conduziu à diferenciação autofortificada de um sistema específico dos meios de comunicação. (LUHMANN, 2005, p. 17)

Quanto ao “efeito de diferenciação funcional da sociedade moderna pode-se descobri-lo,

---

<sup>26</sup> Un efecto relevante de la escritura sobre la comunicación consiste en la separación que produce una enorme cantidad de posibilidades de nuevas combinaciones y de teordenamiento de las secuencias de comunicación. La escritura además, vuleve difícil el olvido de la comunicación: siempre se puede disponer del texto. (CORSI, ESPOSITO, BARALDI, 1998, p. 111)

pode-se refletir teoricamente sobre ele, mas não se trata de um segredo que se revela quando se torna conhecido”. (LUHMANN, 2005, p.17)

Deve-se, em vez disso, falar de um valor próprio ou de um comportamento próprio da sociedade moderna, ou seja, de *functores* recursivamente estabilizados que permanecem estáveis mesmo quando são revelados sua genética e seu modo de funcionamento. (LUHMANN, 2005, p. 17)

Não há nenhum tema que, segundo sua natureza não seja apropriado para o tratamento nos meios de comunicação (não se contesta o fato de que possa haver restrições jurídicas ou acertos políticos para não publicar ou ainda não publicar alguns fatos). No controle da própria seletividade os meios de comunicação são anônimos. Quanto maior o peso da seletividade dos meios de comunicação tanto maior é o valor da atenção que eles conseguirão. (LUHMANN, 2005, p 50)

No processo de seleção entre o que é informação e o que não é, há a observação de segunda ordem e a seletividade do conhecimento provocada através do primeiro observador.

### 3.2.5.1. Comunicação e seletividade do conhecimento

Se, como foi dito, nós conhecemos apenas uma observação não sabemos o que ocorre na operação de fato, o que o primeiro observador viu. A realidade para nós é construída a partir da visão dele e não do fato. Isto é bastante complicado, pois tudo pode ser diferente do que verdadeiramente é. Novamente, não dispendo que exista alguma finalidade de manipulação, mas simplesmente porque o olhar já carrega uma compreensão de vida e da sociedade que impregnará a imagem.

Na vida cotidiana as pessoas geralmente pressupõem que o mundo é como ele é e as divergências de opinião seriam um resultado de perspectivas “subjetivas” distintas, de experiências e de lembranças. (LUHMANN, 2005, p. 129)

Mas, na verdade o mundo não é como ele é narrado, uma vez que o que se fala é de uma observação e não de uma operação. Portanto, nada é como é e as opiniões já são de fato uma construção da realidade e não algo apartado dela.

A comunicação é o operador central de todos os sistemas sociais. (...) cada sistema observa-se a si mesmo assim como aos outros. (...) As antigas teorias sempre dizem que comunicar é transferir informação, quando, na realidade, diz Luhmann, **comunicar não é se desfazer de nada, é, antes, um processo multiplicador.** (LUHMANN, 2005, p. 7, grifo nosso)

No livro *Teoria da agenda* de McCombs (2009), em um determinado trecho ele expõe

um axioma do jornalismo dos tablóides, que ocorre quando um jornalista vai à delegacia e que poderia, a partir disso, extrair diversas notícias ou manchetes para o jornal. “Dê-me trinta minutos na estação de polícia para passar os olhos nos registros de ocorrência de crimes e eu lhe darei uma onda de crimes.” (MCCOMBS, 2009, p. 54)

A perspectiva dele, provavelmente, seria diferente do público em geral e, o mais importante, diferente do boletim que foi analisado por ele. Contudo, exatamente por que seria distinta?

Alguns motivos poderiam ser colocados para isso: o primeiro é que o conhecimento narrado no boletim de ocorrência de um crime é diverso do conhecimento narrado no jornal. Geralmente temos indivíduos ligados ao direito escrevendo ou caracterizando um crime. Coisa diversa do que acontece com um jornalista ao narrar uma notícia. Então os elementos que cada um identifica a partir do fato são diversos, pois contam com a percepção ou compreensão de cada um, que é anterior à existência do fato.

Cada participante tem a oportunidade de extrair da oferta aquilo que lhe convém ou aquilo que em seu meio (por exemplo, como político ou como professor) acredita precisar saber. (LUHMANN, 2005, p. 18)

Um segundo motivo seria a finalidade. O boletim de ocorrência narra um acontecimento que pode ser ou não crime, tendo como finalidade instruir um determinado processo. A notícia tem como objetivo atrair o leitor ou o público ao informar um fato que se acredita que possa gerar interesse.

Destarte, a repercussão desta (notícia) na vida de cada um também será desigual, pois a responsabilidade de cada um é diversa, apesar de serem equilibradas, ou seja, estarem no mesmo patamar.

Diante disso é necessário lembrar que até mesmo quando se fala de meios de comunicação a finalidade de cada meio diversifica a forma de abordagem do conhecimento, de notícias e reportagens ao entretenimento e publicidade e até mesmo o texto, a linguagem utilizada, da do senso comum para uma terminologia mais formal, próxima à erudita com palavras rebuscadas.

A linguagem empregada está relacionada ao público que se quer atingir. Pois, como se quer que um número maior de pessoas leia a notícia, o vocabulário empregado deve ser acessível a estas pessoas.

Por fim, observa-se que os meios de comunicação são um sistema diverso do direito, mas que não se circunscreve apenas aos eventos da sua área. Buscam em outras áreas, como a médica, jurídica, econômica, social, entre outras.

O fato de os meios de comunicação, apesar de seu fechamento estrutural, não se desacoplarem, não darem uma guinada para fora da sociedade, é assegurado pelos tópicos da comunicação. Os temas são necessidades das quais a comunicação não pode se desviar (LUHMANN, 2005, p. 30)

O sistema dos meios de comunicação ou *media* traz os “temas” do ambiente e os interpreta segundo uma linguagem particular – ou seja, o que está no ambiente, isto é, fora do sistema da comunicação. Luhmann (2005) utiliza como exemplo a “AIDS”, que é um tema da área médica interpretado pelos meios de comunicação, sendo reproduzido a partir da linguagem ou do binômio dos meios de comunicação.

O léxico usado não será com termos científicos/médicos inacessíveis para a maioria. E sim com um vocabulário fácil e simples, que atraia o público e gere audiência. Ou seja, adequa-se ao ambiente a que se direciona. E como depois se deixará demonstrado não somente a linguagem é ajustada, mas o seu lugar em um jornal de notícias, o modelo das fontes, as imagens associadas, tudo é pensado, ou seja, a forma como o fato será apresentado gerará uma reação dos que observam, boa ou ruim, a depender do que se quer alcançar.

Um exemplo foi o dos vários casos de microcefalia no Brasil há aproximadamente 4 anos e sua relação com o *zika* vírus. O jeito como a informação foi repassada ao público produziu uma comoção nacional, gerando muitas suposições sem que houvesse qualquer base científica ainda para isso, como ficará demonstrado abaixo.

Foi divulgado que as mulheres que, durante a gravidez, tivessem sido contaminadas pelo *zika* vírus, automaticamente teriam filhos com microcefalia. Era uma sentença terrível, uma vez que nem se compreendia os efeitos desta nos bebês e os graus diversos de microcefalia.

Em um momento inicial não havia qualquer base científica para isso, ou seja, os dados coletados ainda não tinham sido examinados provando haver uma relação entre o aumento do número dos casos de microcefalia e a *zika*. Ainda assim, a informação foi repassada ao grande público como se, ter *zika* durante a gestação fosse uma sentença para as crianças.

Esse caso, em especial, teve repercussões não apenas no âmbito médico e dos meios de comunicação, mas também no âmbito jurídico uma vez que se cogitou propor uma ação no STF para que o aborto legal se estendesse a estes casos, fazendo uma analogia entre a microcefalia e anencefalia, que já tinha sido objeto de análise pelo Supremo Tribunal Federal.

Uma das consequências de se noticiar certos fatos é que eles em sua maioria não são capazes de verificação, sendo consumidos como se verdade o fossem. Além disso há um desconhecimento próprio quando se lida com outros sistemas como o jurídico e o médico. A

linguagem é diferente, assim como o conhecimento que advém disto, portanto é usual haver erros quanto à informação que é repassada.

Os veículos de comunicação são mais do que simples canal de transmissão dos principais eventos do dia. A mídia constrói e apresenta ao público um pseudoambiente que significativamente condiciona como o público vê o mundo (MCCOMBS, 2009, p. 47)

Isto traduz-se em um enorme poder e responsabilidade, especialmente em sociedades fragilizadas democraticamente ou que não apresentam uma longa história de conquista e evolução de direitos humanos, possuindo, muitas vezes, baixos índices educacionais e muitos analfabetos funcionais.

### 3.2.5.2. Meios de comunicação e construção da realidade

A seleção de fatos que chega à coletividade produz certa percepção no público que observa, particularmente quanto ao que acontece no mundo lá fora. Isto gera uma reação que pode estar correta ou não, mas que com certeza levará a um resultado.

No ano de 2018, ocorreu uma greve no Estado do Espírito Santo. Em mais de 20 dias de greve foram registradas 204 mortes<sup>27</sup>. Estes números por si só são assustadores. Porém, quando se publica somente números, quantidade, fora de contexto é normal produzir um sentimento de insegurança social. Pois, na verdade não se sabe se estes números significam que aumentaram ou não os crimes de homicídio, uma vez que não se está se fazendo um comparativo com o período anterior (ano ou mês).

Uma informação que particularmente atrai muita atenção são as quantidades. **Quantidades são sempre informativas, porque qualquer número determinado não é nada além daquilo que é mencionado – ele não é nem maior nem menor.** E isso vale independentemente se a pessoa entende ou não o contexto específico. (LUHMANN, 2005, p. 58, grifo nosso)

Portanto um número, isoladamente, pode produzir uma situação de caos e uma resposta do Estado. E são, na sua maioria, impossíveis de verificação. Todos os dias inúmeras supostas pesquisas são publicadas (ou seja, tornadas públicas) sobre as mais diversas temáticas. Elas produzem um efeito em quem lê – positivo ou negativo. A questão é que, em regra, não se conhece nem os parâmetros da pesquisa, como tempo, número de pessoas.

No Brasil, geralmente costuma-se dizer que o nível de reincidência é de 70%, ou seja,

---

<sup>27</sup> <https://www.folhavoria.com.br/policia/noticia/02/2018/greve-pm--204-mortes-registradas-e-nem-todos-os-crimes-foram-solucionados>

que mais da metade dos indivíduos que foram condenados e presos voltam a cometer delitos. Com base nisso edifica-se o pensamento que uma vez que o indivíduo entrou no ciclo criminoso, dificilmente sairá dele. Este número até pode traduzir a realidade, todavia é impossível de verificação. Não se sabe qual o tempo que a pesquisa levou, quantos presos foram verificados, absolutamente nada. Porém a reação imediata a ele é a solicitação de aumento das medidas no âmbito penal. Verifica-se, portanto, que há uma influência no comportamento individual a partir do que é publicado.

Não há dúvida que a mídia pode influenciar as imagens dos indivíduos no que se refere à saliência de alguns temas, mas raramente ou quase nunca, a agenda plena da mídia é reproduzida em algum grau substantivo pelo indivíduo. (MCCOMBS, 2009, p. 59)

Isso quer dizer que há “influência” e não “determinação”. Apesar da afirmação acima é preciso ter em mente que as pessoas que recebem as informações possuem diferentes níveis educacionais, ou seja, a sua compreensão pode ser prejudicada pela falta de acesso à educação. Isto determinará também o “peso” ou o sentido que ela dá a uma determinada notícia.

Sabe-se supostamente, através de pesquisas de impossível verificação, que a maior parte dos brasileiros lê somente um livro ao ano, assim como em praticamente todas as residências brasileiras há uma televisão. Deduz-se, desse modo, que as pessoas tomam conhecimento dos fatos não através da leitura e sim através de imagens e sons. E a depender da emissora o tipo de discurso é diferente, assim como os assuntos a serem tratados, produzindo, por consequência, a edificação de uma perspectiva geralmente isolada e apartada de uma análise crítica sobre as demais.

Mas volto ao essencial: afirmei ao começar que o acesso à televisão tem como contrapartida uma formidável censura, uma perda da autonomia ligada, entre outras coisas, ao fato de que o assunto é imposto, de que as condições da comunicação são impostas e, sobretudo, de que a limitação do tempo impõe ao discurso restrições tais que é pouco provável que alguma coisa possa ser dita (BOURDIEU, 1997, p. 19)

Deste modo, a ausência de um nível instrutivo adequado aliado à exibição de um ponto de vista constrói uma visão provavelmente distorcida da sociedade e de suas relações. E, obviamente, por vezes este mecanismo pode ser utilizado a favor da propagação de uma ideologia estatal, frequentemente de duas formas: para distrair a população enquanto possivelmente faz algo que não seria referendado pela maioria ou para conquistar o apoio popular as suas propostas.

Na primeira situação, como distração, normalmente utiliza-se notícias que se sabe que terão um grande impacto na sociedade, como crime, tragédias, escândalos e fatos do gênero.

Este não é um mecanismo novo. Ele já era usado na Roma antiga, adaptando-se somente na atualidade ao avanço tecnológico e às ferramentas que se tem à disposição.

Tomemos o mais fácil: as notícias de variedades, que sempre foram o alimento predileto da imprensa sensacionalista; o sangue e o sexo, o drama e o crime sempre fizeram vender, e o reino do índice de audiência devia alçar à primeira página, à abertura dos jornais televisivos, (...). Uma parte da ação simbólica, no plano das informações, por exemplo, consiste em atrair a atenção para fatos que são de natureza a interessar a todo mundo. (...) as notícias de variedades consistem nessa espécie elementar, rudimentar, da informação que é muito importante porque interessa a todo mundo sem ter consequências e porque ocupa tempo, tempo que poderia ser empregado para dizer outra coisa (BOURDIEU, 1997, 22/23)

Enquanto a sociedade acompanha este elemento empregado para distrair, frequentemente modifica-se algum ponto da legislação que comumente provocará consequências negativas em boa parte da população, como reformas previdenciárias, cortes nas áreas sociais, entre outros.

A segunda situação de manipulação da sociedade será objeto do tópico a seguir, uma vez que possui algumas particularidades que devem ser analisadas mais cuidadosamente e que são objeto de críticas, em regra, pela oposição.

### **3.2.6. Acoplamento estrutural e corrupção intrasistêmica**

Um mesmo evento, ademais, pode pertencer ao sistema e a seu entorno. Um evento dado pode constituir, por exemplo, um elemento ao mesmo tempo de um sistema social (como comunicação) e a um sistema psíquico (como pensamento), ainda assim tais sistemas reentram reciprocamente um no entorno do outro: as condições a que tal evento se submete são sempre distintas quando se passada de dentro do sistema ao seu entorno. (CORSI, ESPOSITO, BARALDI, 1996, p. 148/149)

Ao estudar os três sistemas verificamos que em certas situações alguns produzem ruídos que podem interferir nos outros, especialmente na sociedade atual em que, em virtude de uma crise democrática, alguns sistemas ganham uma importância e assumem um sentido que por vezes interfere na sua própria função.

<sup>1</sup>O coligamento estrutural vem assim chamado por representar ligações entre as estruturas do sistema. Pressupõe dois sistemas estáveis pela dinâmica. As estruturas próprias do sistema servem a um coligamento operativo; desta forma, há uma continuidade da autopoiesis do sistema de operação, garantindo-se a estabilidade temporal do sistema, na medida em que se passa de uma à outra operação. Os sistemas parciais precisam comunicar-se para buscar uma adaptação ao novo ambiente, por meio do acoplamento estrutural. (CORSI, ESPOSITO, BARALDI, 1996, p. 15)

Porém, em outros casos um determinado evento acaba por ganhar significado em diferentes sistemas, a partir de seus códigos próprios/intrínsecos. E é este caso que ir-se-á debruçar no momento tentando compreender posteriormente as diversas acepções.

Uma situação já citada anteriormente é o da Constituição que possui sentidos diversos no sistema político e jurídico, porém que de alguma forma apresentam certa dependência, pois as

regras que influenciam ambos se localizam naquela, de diferentes medidas.

O problema referido pelo conceito de acoplamento estrutural está relacionado ao descomissionamento autopoietico [ver autopoiesis], segundo o qual cada uma das unidades utilizadas por um sistema é constituída dentro do próprio sistema, sem qualquer entrada de materiais ou informações do ambiente. Os sistemas autopoieticos são determinados pela estrutura, no sentido de que somente as próprias estruturas do sistema podem estabelecer as operações que ele executa; o fato de que os dados ambientais podem determinar o que acontece no sistema é excluído. No entanto, todos os sistemas precisam de muitos orçamentos factuais em seu ambiente, que não podem ser produzidos ou garantidos por eles mesmos: isto é, pressupõem um contínuo de materialidade necessário para sua existência. A reprodução da comunicação, por exemplo, requer um ambiente físico compatível com ela e com a reprodução de organismos, a disponibilidade de sistemas psíquicos para que estes possam participar na comunicação, bem como muitas outras condições que são normalmente assumidas<sup>28</sup>. (CORSI, ESPOSITO, BARALDI, 1996, p.19)

Cada sistema é fechado em si mesmo e reproduz-se internamente, não se comunicando com outros sistemas. Apesar de ter a diferenciação com o ambiente como fundamento.

Através de um conceito de Maturana, a relação entre um sistema e os pressupostos do ambiente, que devem ser apresentados para continuar dentro da sua própria autopoiese, é indicada como um acoplamento estrutural. (CORSI, ESPOSITO, BARALDI, 1998, p. 19)

A teoria luhmanniana ensina que sistema e entorno são essenciais dentro das sociedades, a sua diferenciação é o fundamento da teoria sistêmica. E como já analisado, para um sistema tudo o que está fora é ambiente.

Sistemas sociais podem se relacionar seja com elementos do seu ambiente, seja com outros sistemas sociais e psíquicos, através de um mecanismo ao mesmo tempo superficial e complexo denominado acoplamento estrutural, por meio do qual um sistema utiliza as estruturas de funcionamento de outro sistema (NEVES, 2005, p. 53)

O acoplamento estrutural exclui, portanto, que dados existentes no meio possam definir, conforme as próprias estruturas, o que acontece no sistema. (LUHMANN, 2011, p. 131)

A palavra correta não seria definir, pois cada sistema trabalha a partir da sua lógica

---

<sup>28</sup> El problema al que se refiere el concepto de acoplamiento estructural está relacionado con la clausura autopoietica [véase autopoiesis], según la cual cada una de las unidades utilizadas por un sistema está constituída dentro del sistema mismo, sin ningún *input* de materiales o información del entorno. Los sistemas autopoieticos están determinados por la estructura, en el sentido en el que sólo las propias estructuras del sistema pueden establecer las operaciones que efectúa; se excluye el hecho que los datos del entorno puedan determinar lo que acontece en el sistema. No obstante, todos los sistemas necesitan muchos presupuestos factuales en su entorno, que no pueden producirse ni garantizarse por ellos mismos: es decir, presuponen un *continuo de materialidad* necesario para su existencia. La reproducción de la comunicación, por ejemplo, necesita un ambiente físico compatible con ella y con la reproducción de los organismos, de la disponibilidad de los sistemas psíquicos para que puedan participar en la comunicación, así como de muchas otras condiciones que se dan normalmente por supuestas. (CORSI, ESPOSITO, BARALDI, 1996, p.19)

interna. Todavia, é possível interferir no funcionamento, tendo dois resultados viáveis: o aperfeiçoamento daquele sistema e a deturpação daquele.

O ambiente pode afetar o sistema unicamente enquanto produz irritações que se reelaboram internamente: sem embargo as irritações também são construções internas que resultam de uma confrontação dos eventos com as estruturas próprias do sistema. Portanto não há irritações no ambiente do sistema: a irritação é sempre na realidade uma automatização, eventualmente parada de eventos do ambiente.

Nunca se deve perder de vista que o acoplamento estrutural é compatível com a autopoiesis e que por conseguinte há possibilidades de influir no sistema, desde que não se atente contra a autopoiesis. (LUHMANN, 2011, p. 132)

O acoplamento deve auxiliar o aperfeiçoamento do sistema, e não o levar a perder as suas regras. Ou seja, ao ler que não pertence ao sistema deve-o fazer a partir de seu código particular. Portanto quando se incorpora o conceito de opinião pública, que tem origem no contexto político, os sistemas mediáticos e jurídico o interpretam a partir do seu código binário, verificando de que forma aquela vai se adaptar à estrutura do sistema e de seus elementos.

Os acoplamentos estruturais não determinam os estados do sistema, mas sua função consiste, isso sim, em abastecer de uma permanente irritação (perturbação, para Maturana) o sistema; ou então, do ponto de vista do sistema, trata-se da constante capacidade de ressonância: a ressonância do sistema se ativa incessantemente, mediante os acoplamentos estruturais. (LUHMANN, 2011, p. 137)

Um conceito bastante trabalhado na teoria de Luhmann, e que será essencial para compreender o que ocorre com o sistema judiciário diante do sistema mediático, é o de irritação ou interferência. “Com o conceito de *perturbação* (Maturana), ou *incômodo*, ou *irritação*, abre-se um direcionamento teórico distinto. A pergunta fundamental é, portanto: o que determina que o sistema internamente desista do equilíbrio e como essa situação pode ser expressa mediante a teoria da *irritação*? (LUHMANN, 2011, p. 138)

Os eventos externos podem produzir ressonância nos sistemas. Estes eventos geram uma “*Irritação* (perturbação, estimulação) significa, portanto, desenvolver o processamento de informação que só pode se realizar dentro do sistema. (...) o sistema pode reagir à irritação, igualmente com aceitação ou rejeição.” (LUHMANN, 2011, p. 139)

Quanto mais complexo for um sistema e quanto mais forte expor-se a irritações, tanto mais variedade pode o mundo permitir sem perder em realidade; e tanto mais o sistema poderá permitir trabalhar com negações, com ficções, com pressupostos “meramente analíticos” ou apoiados em estatística, que se distanciam do mundo como ele é. (LUHMANN, 2005, p. 24)

Através desta é possível provocar operações dentro do sistema, porém é fundamental que

não exista deturpação do sentido ou dos elementos presentes internamente, pois se houver não estará mais se falando de acoplamento e sim de corrupção intrassistêmica, que pode deturpar o sentido.

A corrupção intrassistêmica ocorre quando, a partir de ruídos e irritações externas, o sistema começa a funcionar de maneira diversa a que deveria. A presença de ruídos é normal dentro da realidade dos sistemas e ambiente, uma vez que os dois são essenciais para esta teoria. A questão é que os ruídos externos devem sempre ser interpretados através do binômio presente em cada sistema, ou seja, um elemento do ambiente do sistema jurídico é traduzido sob a ótica do direito e não direito. Este fato permite que se obtenha previsibilidade dentro do sistema e, por conseguinte, um equilíbrio dentro do sistema social.

Um exemplo de Luhmann citado anteriormente foi o da esposa que serve sempre sopa fria ao marido. Os dois, esposa e marido, tem uma expectativa quanto ao fato, o modo como a sopa é servida, que poderá ser preenchida ou não a partir do comportamento que se obtenha tanto de um como do outro. O atendimento da expectativa produz uma previsibilidade dentro desta realidade, uma vez que o sentido foi mantido.

Na outra situação também narrada pelo autor, o do divórcio, se a decisão advém dos elementos presentes no sistema jurídico, o resultado esperado é previsível. Porém, com a presença de ruídos externos, como o elevado número de divórcios, é possível que o fato se constitua em um terceiro elemento ou terceiro excluído, que termina por alterar o resultado que deverá ser obtido.

O desequilíbrio proveniente da irritação altera toda a lógica do sistema, fazendo com que este produza uma decisão proveniente não dos elementos da lei e sim de elementos externos. Como consequência, o sistema começa a operar a partir de elementos diversos, trazendo instabilidade para si.

Em virtude disso, os elementos inerentes ao sistema judiciário, e os argumentos que o magistrado utiliza para fundamentar sua decisão serão objeto de estudo no próximo capítulo.

## 4. DISSECÇÃO DOS DISCURSOS

### 4.1. CONSIDERAÇÕES GERAIS

Ao final do capítulo inicial, discorreu-se sobre a visão da opinião pública, ambicionando pôr a temática em perspectiva e demonstrando que a sua constituição, apoiada em diferentes códigos binários, é distinta, e até possivelmente a nomenclatura diferencia-se tendo em vista os diversos sistemas possuírem binômios próprios e únicos, ou seja, não se assemelham com os códigos dos outros sistemas.

Com base nisto, discutir-se-á aquela (opinião pública) como fundamento de decisão judicial, uma vez que é possível verificar que a opinião pública<sup>29</sup>, por vezes, foi empregada pelo magistrado como justificação para um determinado posicionamento, foi citada em sentença ou foi criticada como objeto de fundamentação, apesar de, por vezes, estas considerações parecerem contraditórias.

Porém, antes de falar notadamente do assunto, é primordial entender as decisões judiciais, seu discurso e argumentação, analisando quais são os elementos<sup>30</sup> intrínsecos e extrínsecos à esta, ou seja, os fundamentos que pertencem ao sistema jurídico<sup>31</sup> e os que estão afastados dele.

Para alcançar este propósito, far-se-á primordial aprofundar o conhecimento sobre o discurso jurídico e os elementos de decidibilidade que devem ser considerados dentro de um sistema democrático de direito e a discricionariedade do juiz ao resolver um determinado caso, compreendendo, além disso, a especialização através do sentido e função dentro do próprio sistema jurídico.

Iniciar-se-á, portanto, a partir do subsistema judiciário que trabalha, no tocante aos tribunais, com a resolução de conflitos e aplicação de leis, podendo, a depender da situação concreta, criar uma determinada solução diante de uma lacuna legal ou em casos em que o legislativo omite-se, por se tratar de temáticas que ocasionariam, possivelmente, a perda de votos, como legalização do aborto, descriminalização de drogas, ou ainda, como restou demonstrado, o reconhecimento da união homoafetiva.

---

<sup>29</sup> Por vezes, denominada nas decisões judiciais de vontade do povo, clamor público, clamor popular, clamor social.

<sup>30</sup> Estes elementos intrínsecos e extrínsecos têm relação com o que está dentro do sistema jurídico – direito e não direito - e o que está fora dele, como a moral e a justiça.

<sup>31</sup> Sistema jurídico aqui considerado dentro da teoria luhmanniana, possuindo como binômio direito/não direito.

## 4.2 SUBSISTEMA JUDICIÁRIO

Anteriormente, ao aprofundar o pensamento de Luhmann, demonstrando a criação de sistemas parciais dentro do sistema social mais abrangente, compreendeu-se a dinâmica da teoria dos sistemas e discorreu-se sobre os três subsistemas que se relacionam ao objeto do trabalho.

Um dos sistemas parciais, o do direito ou jurídico, também dividir-se-á, segundo sua função e sentido, em subsistema judiciário e através dele é que se conduzirá a análise do discurso das decisões judiciais e da argumentação em um aspecto singular.

O sistema jurídico se diferencia e se especifica funcionalmente em relação ao seu ambiente. Esse processo é típico da sociedade moderna e é definido pela positivação do direito. Direito moderno é direito positivo, isto é, posto e válido por uma decisão. Não representa exclusivamente “redução de complexidade” em todas as dimensões do sistema jurídico: variação do direito no tempo, expansão dos temas “juridificáveis” e geração de predisposição antecipada à observância das decisões (legitimação pelo procedimento). O direito positivo também expande sua contingência, vale dizer, a presença contínua do diverso como possível. (CAMPILONGO, 2002, p. 21)

Este subsistema discorre sobre o funcionamento dos tribunais, a resolução de conflitos que advém do convívio em sociedade, a aplicação dos elementos do direito aos casos concretos.

Os tribunais representam um elemento essencial dentro das sociedades funcionalmente diferenciadas. Nestas, diante da complexidade e das inúmeras possibilidades, faz-se mister criar um centro de ordenação, resolução de conflitos e tensões sociais, uma vez que, diferentemente das sociedades primitivas, o papel de cada um na sociedade não é estabelecido pelo nascimento e sim pelo lugar e função que ocupa e exerce no meio.

Os tribunais configuram assim um centro separado em que diferentes atores ocupam seus lugares dentro deste “palco”. O poder que exerce é simbólico e não físico, uma vez que há a obrigatoriedade de cumprimento das decisões judiciais sobre o risco de sanções jurídicas. O discurso e a retórica empregada possuem um linguajar próprio, no qual é possível identificar a formalidade e a cerimônia utilizadas neste subsistema.

O sistema jurídico pode ser pensado, em termos auto-referenciais como uma contínua reação não só a conflitos sociais, mas também aos conflitos gerados e reproduzidos a partir do sistema jurídico. Daí o paradoxo: o direito resolve conflitos, de um lado, e multiplica conflitos, de outro. (CAMPILONGO 202, p. 129)

A comunicação estabelecida neste subsistema do direito adota elementos do código binário direito e não direito, guiando-se, em regra, pelo direito positivo, garantindo, ao ver da

sociedade e do juiz uma decisão que esteja atrelada a esta modalidade de direito.

O código próprio do sistema jurídico é direito/ não direito. O sistema jurídico consegue seu fechamento operativo por meio dessa diferença. Nenhum outro sistema pode operar com este código. Os programas do sistema jurídico são normativos. Incluem textos e precedentes, leis e contratos, regulamentos e “práxis jurisprudenciais”. (CAMPILONGO, 2002, p. 77)

O direito positivo apresenta uma variabilidade com o passar do tempo, adequando-se às novas situações e necessidades da sociedade. Além disso, por ser um sistema operacionalmente fechado e aberto, está sujeito às reverberações que os eventos externos podem causar ao serem lidos sobre a ótica do sistema. Porém, é necessário ter em mente que **“as operações do sistema jurídico são sempre internas. Mesmo as referências externas são admitidas como aspectos dessas operações internas”**. (CAMPILONGO, 2002, p. 78, grifo nosso)

Então, o subsistema judiciário, como um sistema parcial dentro do jurídico, formula a sua compreensão a partir do direito, especialmente o positivo, constituído, como dito por leis e regulamentos, entre outros, da mesma natureza normativa. As leis podem ser alteradas por meio de processos de autorreprodução, em que eventos externos podem interferir na sua adequação a novos elementos da realidade jurídica. Portanto, “a referência jurídica é sempre normativa. É por meio do código direito/não-direito e de seus programas normativos que o sistema pode combinar referências externas e internas”. (CAMPILONGO, 2002, p. 79)

Assim, produz-se direito através do próprio direito, a autopoiese. Neste caso, traçando um paralelo com os ensinamentos de Kelsen dispostos na *Teoria Pura do Direito* (2003), o fundamento de uma norma é uma outra norma. Traçando um paralelo aqui com a teoria sistêmica, o direito baseia-se no próprio direito.

É claro que guardadas as diferenças/distinções pode-se fazer uma comparação com a visão que Kelsen tinha a respeito da ciência jurídica.

Quando a si própria designa como “pura” teoria do direito, isto significa que ela se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto se não possa rigorosamente, determinar como direito. Quer isto dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. (KELSEN, 1998, p. 17)

Isto é passível de verificação em um caso discutido ainda neste capítulo a respeito da prisão após decisão em segunda instância. O fundamento buscado para a aplicação do artigo 283 do Código de Processo Penal encontra-se na própria Constituição Federal no artigo 5º, LVII, a partir do voto de alguns ministros.

A ideia aqui transportada é a de que no sistema judiciário os elementos a serem utilizados serão os do direito e não direito, estando, portanto, excluídos elementos diferentes a isso.

Entretanto, no que concerne às sociedades complexas e à diferenciação funcional entre sistema e entorno, há inúmeros eventos que ocorrem dentro do ambiente e que, por vezes, são lidos e assimilados sob a lógica do sistema.

Estes eventos externos, ao produzirem irritações no sistema podem acarretar um funcionamento diferente do que vinha ocorrendo até então, pois, uma das maiores dificuldades dentro da diferenciação sistema e ambiente, como cita Campilongo, através dos ensinamentos de Luhmann, é estabelecer um equilíbrio na forma de observar através da teoria: **“O problema básico dos sistemas autopoieticos é exatamente esse: conectar as referências externas e internas sempre através de operações internas”**. (CAMPILONGO, 2002, p. 78, grifo nosso)

E este, como veremos, será um dos cerne deste trabalho. A ideia de equilíbrio, autonomia e diferenciação que existe entre sistema judiciário e ambiente<sup>32</sup> dentro de sociedades complexas, uma vez que o sistema jurídico (no qual o sistema judiciário está incluso) possui muitos pontos de contato com a política, a moral, justiça e os meios de comunicação. Todavia, deve manter sua independência para o bom funcionamento das suas operações.

Luhmann insiste na importância da diferenciação funcional entre moral e direito, entre outros elementos, dedica-se à afirmação de um modelo que desloca o homem para o “ambiente” da sociedade e persiste em indicar na positividade do direito a principal característica. (CAMPILONGO, 2002, p. 125)

Dentro de sociedades complexas e socialmente diferenciadas, observou-se que o grau de possibilidades é crescente e precisa ser controlado/moderado. para que possa continuar suas operações. Esse é um dos fatores que faz aumentar a importância do sistema judiciário dentro da sociedade.

Com complexidade queremos dizer que sempre existem mais possibilidades do que se pode realizar. Por contingência entendemos o fato de que as possibilidades apontadas para as demais experiências poderiam ser diferentes das esperadas; ou seja que essa indicação pode ser enganosa por referir-se a algo inexistente, inatingível, ou a algo que após tomadas as medidas necessárias para a experiência concreta (por exemplo, indo-se ao ponto determinado), não mais lá está. Em termos práticos, complexidade significa seleção forçada, e contingência significa perigo de desaparecimento de desapontamento e necessidade de assumir-se riscos. (LUHMANN, 1983, p. 45/46)

Ao lado disso, também se pode citar a crise da democracia representativa, assunto que já foi iniciado no capítulo anterior e que será continuado posteriormente.

---

<sup>32</sup> Não é redundante recordar que o ambiente do subsistema judiciário é constituído por outros sistemas, como mediático e político, sendo esta particularidade um dos objetos a serem explorados na análise da problemática a ser solucionada ao final deste trabalho.

A demanda da justiça vem do desamparo da política, “o direito tornando-se a última moral comum em uma sociedade que não mais a possui<sup>33</sup>. (GARAPON, 2001, p. 15). A expansão do poder judiciário e da sua esfera de competência está intrinsecamente ligada à essas circunstâncias.

À primeira vista, o crescimento no século XX do "Terceiro Poder", no qual se reconhecem todas as características tradicionais da imagem do pai, parece opor-se a essa análise de Marcuse. Não se trata simplesmente da ampliação objetiva das funções do Judiciário, com o aumento do poder da interpretação, a crescente disposição para litigar ou, em especial, a consolidação do controle jurisdicional sobre o legislador, principalmente no continente europeu após as duas guerras mundiais. **Acompanha essa evolução uma representação da Justiça por parte da população que ganha contornos de veneração religiosa.** (MAUS, 2000, p.185, grifo nosso)

Esta ideia de veneração ou exaltação é adequada à crítica desenvolvida no pensamento de Garapon, em que se busca na justiça um caminho para a resolução dos conflitos e que tem, por consequência, a expansão crescente deste domínio. “A explosão do número de processos não é um fenômeno jurídico, mas social. Ele se origina da depressão social que se expressa e reforça na expansão do direito” (GARAPON, 2001, p. 26)

O controle crescente da justiça sobre a vida coletiva é “um dos maiores fatos políticos deste final do século XX. Nada mais pode escapar ao controle do juiz. As últimas décadas viram o contencioso explodir e as jurisdições crescerem e se multiplicarem, diversificando e afirmando, cada dia um pouco mais, sua autoridade. (GARAPON, 2001, p. 24)

Nessas circunstâncias, dentro dos atores que se pode identificar, destaca-se, em especial, o juiz, uma vez que as suas razões ou motivos no momento de decidir serão objeto de estudo neste capítulo, analisando a compatibilidade ou não com os elementos inerentes ao sistema jurídico.

Diante do grande número de possibilidades, compreende-se a necessidade de resolver estas, determinando, frente a dois ou mais resultados viáveis, qual deve ser aplicada no caso e qual está mais apropriada aos ditames legais.

Então, o sistema de justiça estabelece-se em cima de uma fórmula de contingência, baseada nas leis, feita para controlar as probabilidades, fornecendo uma sensação de segurança jurídica no seguir a lei. Porém, há casos em que os juízes utilizam elementos estranhos ao direito

---

<sup>33</sup> Não se deve deixar de recordar que, para Luhmann, não há uma comunicação entre os sistemas, eles são isolados entre si. Para um sistema, os outros são considerados ambiente ou entorno. O que ocorre são irritações, eventos que sucedem no ambiente e são lidos dentro do sistema a partir do binômio próprio. Esta assimilação e o processo seguinte de autopoiese pode provocar uma nova forma de funcionamento dentro do sistema jurídico e aqui especificamente, subsistema judiciário, acarretando a expansão do poder deste, desequilibrando-se o que se tinha inicialmente como modelo de pesos e contrapesos de Montesquieu.

para decidir. Sendo assim, discutir-se-á os elementos da decisão judicial, uma vez que, como se faz possível constatar, os juízes usam elementos diversos para decidir casos desiguais, ou chegam a resultados diferentes em uma mesma situação.

Desta forma, ao verificar algumas decisões judiciais, nos depararemos com uma terminologia que possivelmente não é intrínseca ao sistema jurídico (binômio direito/não direito), contrariando a ideia de Luhmann quanto ao fechamento do sistema jurídico

Entretanto, para Luhmann, o direito positivo opera nas condições de um sistema fechado. Justiça, nessa perspectiva, não é a referência a valores supra-positivos, éticos ou meta-jurídicos. A justiça é a consistência adequada do processo decisório. O direito não extrai sua validade de um imaginário contrato social, de um idílico consenso comunicativo ou de uma suposta razão natural. Nada disso. Como sistema auto-referencial – organizado com base num código comunicativo específico (lícito/ilícito), que implementa programas condicionais (do tipo se/então) e desempenha função infungível (generalização congruente de expectativas normativas) – o direito positivo deve resolver, de modo circular, tautológico e paradoxal, o problema de seu fundamento. (CAMPILONGO, 2002, 21-22)

Para isso, entende-se que o papel dos tribunais e dos juízes é de julgar o fato, isto é, fornecer uma resposta dentro dos parâmetros do sistema, não podendo esquivar-se do seu dever. Sendo que “essa é a operação central, típica e exclusiva de um sistema jurídico moderno” (CAMPILONGO, 2002, p. 79)

O dever-de-julgar confere completabilidade ao sistema; não é completude condição do dever-de-julgar. Em outros termos: existe a completude porque existe o dever-de-julgar. Esse dever genérico deriva do Direito. A omissão do juiz, prossegue o mestre pernambucano, não se harmoniza em tese com o “ordenamento jurídico dentro do qual o juiz é juiz. Com o referencial da teoria dos sistemas aqui adotado, a proibição de o juiz pronunciar o “non liquet” confere fechamento operativo ao sistema. O que se pede – ou melhor, o que se exige do juiz – é uma decisão. O direito positivo, o ordenamento e o sistema jurídico impõem ao juiz o dever de julgar (CAMPILONGO, 2002, p. 81)

Portanto, apesar de ser citado por outros autores, como Dworkin (2005), o que se impõe aqui é o julgamento e um resultado nos termos do direito. Não se pode confundir esta operação com a busca por uma resposta justa ou “boa”, ou ainda, correta em termos valorativos.

Portanto, “o direito positivo não entende outras razões além daquelas traduzíveis nos termos de seu código.” (CAMPILONGO, 2002, p. 22)

O que se tem é a aplicação da lei e do entendimento desta aos casos concretos, acrescentando que a percepção extraída dela pode ser diferente, de acordo com os elementos hermenêuticos<sup>34</sup>

---

<sup>34</sup> A interpretação da lei é um processo de duplo sentido, em cujo decurso se conforma a situação de facto definitiva enquanto enunciado, a partir da «situação de facto em bruto», atendendo às proposições jurídicas potencialmente aplicáveis, e se precisa o conteúdo das normas a aplicar, atendendo mais uma vez à situação de facto, tanto quanto seja necessário. «Interpretar» é, como tínhamos dito, «uma actividade de mediação, pela qual o intérprete traz à compreensão o sentido de um texto que se lhe torna problemático». (LARENZ, 1997, p. 439)

considerados no momento de exame do caso.

Logo, o juiz, o auditório, a decisão judicial e o argumentar inerente a ela serão objeto de estudo a partir de agora.

#### 4.2.1. Juiz

O juiz é o tópico a ser debatido neste e no próximo capítulo, sob perspectivas diversas. No contexto a ser estudado no momento, concerne, através da análise dos argumentos da decisão judicial e do sistema judiciário, qual o limite de discricionariedade do juiz na aplicação da lei ao caso concreto? Quais argumentos<sup>35</sup> podem ser empregados por este? E qual o limite para julgar, ou seja, até onde vai a sua discricionariedade dentro deste sistema judiciário?

Sobre este respeito, Ortega (2011), faz uma observação dizendo que, diante da indeterminação relativa aos direitos atuais há uma maior liberdade dos juízes que corresponde a diferentes possibilidades interpretativas, e nestas, encontra-se o risco, da incompreensão do direito e, por consequência, da sua não aplicação.

Entende-se que a atuação/atividade judicial deve ser orientada por princípios que possibilitarão a correta aplicação da lei. Seriam eles, segundo Ortega (2011), a separação de poderes, a sujeição à lei e a independência judicial.

No entanto, é interessante destacar que os julgados a serem analisados nesta tese advém do Supremo Tribunal Federal, acrescentando complexidade na dedução de uma conclusão, pois há uma ligação<sup>36</sup> entre o executivo e o judiciário, ou seja, entre o político e o jurídico, suscitando uma errônea<sup>37</sup> interpretação, segundo alguns autores, de que há juízes políticos, ou seja, aqueles que assumem um papel político<sup>38</sup>, baseando suas decisões em fundamentos políticos. Fato que ficará mais evidente no próximo capítulo quando discutir o juiz sob a perspectiva atual da democracia representativa.

---

<sup>35</sup> Os argumentos são tentativas de sustentar certos pontos de vista com razões. (WESTON, 1996, p. 13)

<sup>36</sup> Comunicação entre os sistemas não é visualizada por Luhmann dentro da teoria sistêmica. Portanto, não poderia se falar de ligação entre o sistema político e jurídico.

<sup>37</sup> De acordo com a diferenciação presente na teoria dos sistemas entre sistema e ambiente.

<sup>38</sup> Se os juízes devem decidir casos valendo-se de fundamentos políticos, de modo que a decisão seja não apenas a decisão que certos grupos políticos desejariam, mas também que sejam tomadas sobre o fundamento de que certos princípios de moralidade política são corretos. Um juiz que decide baseando-se em fundamentos políticos não está decidindo com base em fundamentos de política partidária. (DWORKIN, 2001, p. 3-4)

Segundo Ortega (2011), nos sistemas de direito continental, os juízes são os que, em algum sentido, completam e ultimam a obra do legislador, sentido e alcance de todos os enunciados jurídicos. Nesta visão, os juízes comprometem-se a somente aplicar a lei. Esta atividade exige o processo hermenêutico para compreender o sentido das normas, tendo em vista que há casos (prisão após a segunda instância) que, por mais que a norma transpareça ser clara, há um conjunto de ambiguidades que pode não estar relacionado apenas com a redação legal, mas também com um acirrado conflito político<sup>39</sup>.

De qualquer modo, a vinculação dos juízes à lei segue sendo um princípio fundamental de todos os ordenamentos jurídicos atuais o que significa que todas as decisões representam sempre a aplicação das normas que, em algum sentido, incidem no conteúdo das resoluções. (ORTEGA, 2011, p. 199-200). Este fato permite que se tenha segurança dentro do ordenamento jurídico quanto ao resultado, ou seja, permite que exista um “certo controle” da atuação judicial, uma vez que o resultado deve ser previsível diante de um caso concreto.

Dentro do contexto brasileiro, o STF pode criar regras para o ordenamento jurídico, especialmente, como dito antes, em matérias em que, em virtude de grande divergência, o legislativo protela em se posicionar, a exemplo da decisão sobre a união homoafetiva, situação que não foi recepcionada pelo código civil de 2002, sendo responsabilidade dos ministros, em 2011, dar seu parecer sobre o tema. Portanto, “a lei não é apenas obra do legislador, nem permanece inalterada, mas desde o primeiro momento os outros poderes - o executivo e o judicial - atiram-se a ela e desfiguram-na, por vezes de forma tão substancial que a tornam irreconhecível” (NIETO, 2000, p. 104)

Observando a crítica acima, é essencial verificar que a atuação judicial deve sempre pautar-se em elementos jurídicos, conformando a lei a novas situações concretas não previstas no momento de sua redação, como a discussão a respeito da utilização de embriões na pesquisa de células tronco.

#### **4.2.2. Auditório**

O auditório é um elemento essencial no processo de argumentação, uma vez que este desenvolver-se-á, tendo em vista o público que se almeja alcançar. “Com efeito, como a

---

<sup>39</sup> Neste caso, se houver uma irritação do sistema político no jurídico (de elementos do ambiente no sistema) e esta não for lida e assimilada nos termos do binômio direito/não direito, diz-se que aconteceu uma corrupção intrasistêmica, produzindo uma distorção no funcionamento do sistema jurídico.

argumentação visa obter a adesão daqueles a quem se dirige, ela é, por inteiro, relativa ao auditório que procura influenciar.” (PERELMAN, 2005, p. 21)

O autor Perelman (2005) explica este conceito, que é essencial para a compreensão de algumas razões ou comentários postos em decisões judiciais. Neste caso, a percepção de que se dirige a alguém no momento de julgar ou que o faz apesar do “auditório” ser desfavorável, é um fator a ser visualizado.

Auditório é o conjunto daqueles sobre os quais o orador quer influir por meio da sua argumentação. Para determinar o auditório ao qual se dirige um orador é necessário conhecer as intenções deste. Assim o auditório de um orador no parlamento pode ser uma fração, o parlamento ou todo o povo. A finalidade de toda argumentação é alcançar ou fortalecer a adesão do auditório. (ALEXY, 2011, p. 159)

A definição a ser analisada não diz respeito somente ao âmbito jurídico, mas como verificar-se-á, atinge também o âmbito político e legislativo, além do social. Por exemplo, pode-se imaginar uma palestra ou livro em que o autor defende a abolição da pena privativa de liberdade, pois entende que ela não atinge a finalidade de ressocializar o indivíduo, contribuindo ainda mais para o aumento dos níveis de criminalidade.

Ao fazer isto, provavelmente utilizaria, como argumentos, alguns dos que se observam a seguir: primeiro, discorreria sobre a origem da pena privativa de liberdade e o momento histórico em que ela se expandiu. Poderia citar a revolução industrial e a busca de mão de obra. Ou ainda, dentro dos Estados Unidos, a abolição da escravatura e a necessidade de que o negro continuasse a ser cerceado de sua liberdade. Posteriormente, far-se-ia um estudo em que se comprovaria que, no Brasil, a maioria dos presos encontra-se encarcerada por crimes patrimoniais, em que se poderia chegar a duas entre várias conclusões. A primeira que os tipos penais são criados com um objetivo e que se privilegia, dentro do código penal, o patrimônio em detrimento da vida, além de observar o contexto iluminista no qual foi criado. Neste caso, objetiva-se atingir, com a pena, uma parcela da população. A segunda é a observação do aumento da estigmatização deste indivíduo, que não é absorvido pelo mercado de trabalho. Ao expor estes argumentos, objetiva-se a adesão do público, acadêmicos ou sociedade, à ideia de abolição da pena privativa de liberdade.

Acima, houve a construção dos argumentos de forma a alcançar o convencimento do “auditório”, pois, “cada orador pensa, de uma forma mais ou menos consciente, naqueles que procura persuadir e que constituem o auditório ao qual se dirigem seus discursos”. (PERELMAN, 2005, p. 22)

Outra situação que poderia ser citada é a abordagem de certos tópicos relevantes à

sociedade em períodos eleitorais, os quais sabe-se serão uma técnica a ser utilizada para atrair eleitores. Contrariamente aos argumentos acima citados, sobre a abolição da pena, os candidatos à política costumam usar o discurso de aumento de pena, maior investimento na área de segurança pública e diminuição da maioria penal.

Nesta seara, previamente, também se fez uma crítica a respeito do comportamento dos membros do legislativo quanto a certas matérias, uma vez que se observa a relutância em pôr em votação projetos de leis que envolvam temas em que vigora uma grande divergência no meio social.

A preocupação do legislador (orador) é a perda de votos entre seu eleitorado, uma vez que a comunidade diverge bastante, possuindo, por vezes, um comportamento bem incisivo ao defender um determinado posicionamento. Então, observa-se que este é o “auditório” ao qual ele se dirige.

É muito comum acontecer que o orador tenha de persuadir um auditório heterogêneo, reunindo pessoas diferenciadas pelo caráter, vínculos ou funções. Ele deverá utilizar argumentos múltiplos para conquistar os diversos elementos de seu auditório. (PERELMAN, 2005, p. 24)

Quando se desloca esta ideia para o ambiente jurídico, a situação torna-se mais complexa, pois, inicialmente, questiona-se: quem é o auditório do sistema jurídico? A quem o juiz se direciona no momento de decidir? Quem a decisão jurídica deve influir? E que argumentos o juiz pode utilizar para atingir esse fim?

Para discorrer sobre a resposta das três primeiras perguntas acima adotar-se-á o conceito de “auditório universal”, já operando as devidas ressalvas.

No tópico anterior, ao inaugurar a discussão sobre o juiz, elemento intrínseco do sistema judiciário, dissertou-se brevemente sobre a racionalidade que deve guiá-lo no momento de decidir, procedendo críticas a algumas teorias que visualizam o juiz como um ser extremamente subjetivo que pode ser influenciado por qualquer elemento externo ao sistema, como o tempo, a hora do julgamento, entre outros.

Orientando-se por esta objetividade, é que se aplicará o conceito da teoria perelmaniana, pois é indispensável a percepção de que, ao empregar a lei, o magistrado deve dirigir-se à sociedade<sup>40</sup>, e não somente a grupos específicos ou interesses particulares, ou ainda tentar

---

<sup>40</sup> A sociedade é reconhecida aqui como a comunidade citada no artigo 5º, caput, da Constituição Federal: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros

compensar<sup>41</sup> o “impossível” através dela, pois:

Toda argumentação que visa somente a um auditório particular oferece um inconveniente, o de que o orador, precisamente na medida em que se adapta ao modo de ver de seus ouvintes, arrisca-se a apoiar-se em teses que são estranhas, ou mesmo francamente opostas, ao que admitem outras pessoas que não aquelas a que, naquele momento, ele se dirige. (PERELMAN, 2005, p. 34)

Portanto, há o dever de que ocorra a observância à lei, dirigindo-se a decisão ao interesse público e, ao denominado “auditório universal”, visto que a legislação ou as expectativas normativas não podem ser alteradas mediante um determinado grupo ou interesse particular. O que permite a continuidade da segurança dentro do ordenamento jurídico é a certeza do cumprimento da lei, seja qual for a circunstância<sup>42</sup>.

No centro da teoria perelmaniana, enquanto teoria normativa da argumentação, encontra-se por isso a caracterização de um auditório, a que só pode se persuadir mediante argumentos racionais. Para Perelman, este é o auditório universal. A adesão do auditório universal é o critério para a racionalidade e objetividade da argumentação. (ALEXY, 2002, p. 162)

Quando explica o conceito de auditório universal, compreende-se, segundo Perelman (2005) que ele é constituído pela humanidade inteira ou pelos homens adultos e normais. Adaptando este conceito para o sistema jurídico, pelos indivíduos que fazem parte de uma comunidade e que se submetem a lei nacional, ressaltando, novamente, que a comunidade aqui indicada tem o significado de sociedade, e não de satisfações pessoais que possam ter os indivíduos que a compõem.

O acordo do auditório universal, isto é, a racionalidade e a objetividade é, segundo Perelman, o fim, sobretudo do filósofo. O juiz e o legislador, ao contrário, devem orientar suas decisões unicamente de acordo com os desejos e convicções da comunidade que os instituiu ou elegeu. Isso não convence por dois motivos. Por um lado, também o juiz, dentro da margem de juízo, aspira a uma decisão racional. Por outro lado, também o filósofo, como ainda se destacará, está sujeito, na sua argumentação, à tradição de determinadas ideias de seus ouvintes. Este problema, porém, não precisa ser discutido agora completamente, pois aqui se trata no momento, de uma teoria geral da argumentação prática. (ALEXY, 2002, p. 162)

Logo, tendo isto como diretriz, observa-se que o interesse da comunidade, através da

---

residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguinte:”. “Todos” representa a coletividade que se submete à legislação brasileira.

<sup>41</sup> Ricouer (2008) cita um exemplo em seu livro sobre a punição de um homem que cometeu homicídio. Neste caso, à luz da legislação brasileira, aplicar-se-ia uma pena privativa de liberdade, ou seja, a punição seria traduzida em termos temporais. Não há como “compensar” o assassinato do outro, uma vez que não é possível reverter o fato, assim como não é possível a utilização da “vingança”, sob a nomenclatura de “justiça”.

<sup>42</sup> Caso do indivíduo que atropelou um ciclista, decepando seu braço. O motorista não prestou socorro, tendo vindo a parar o carro, metros adiante, e jogar o braço, que ainda se encontrava preso no capô do carro em um córrego, impossibilitando o replante deste. O ministério público denunciou, inicialmente, por tentativa de homicídio, tendo o juiz recusado o recebimento da denúncia, pois apesar de entender a gravidade e o terrível comportamento do motorista, considerou, com base na lei, que não havia o dolo de matar. Na falta deste, não há o crime tentado.

correta aplicação legal, prevalece frente a interesses particulares e argumentos emocionais, que poderiam não apenas distorcer a interpretação da norma, mas, em decorrência disto, provocar uma inoperatividade do sistema jurídico.

A segunda questão envolve quais argumentos podem ser usados pelo juiz para persuadir o auditório dentro deste sistema, temática se desenhará no próximo tópico.

### 4.2.3 – Decisão judicial

Na interpretação gramatical, ao ler a expressão “decisão judicial” chega-se à definição de que o seu significado se relaciona a atingir um determinado resultado ou termo dentro da esfera do direito ou utilizando-se de argumentos que se relacionem ao código binário lícito/ilícito, ou melhor, direito /não direito.

A sentença é representada pelas decisões finais, as quais encerram o processo, põem termo à relação processual, esgotam a função do juiz. Proferindo-as, o juiz dá por cumprido o seu dever jurisdicional. (SANTOS, 1982, p. 393).

Decisão judicial<sup>43</sup> é qualquer ato do magistrado com conteúdo deliberativo, incluindo-se sentenças, acórdãos, decisões no controle concentrado, sentenças coletivas etc. Isto é, qualquer mandamento judicial com conteúdo decisório é aqui considerado decisão judicial. (FERNANDES, 2013, p. 85)

A Decisão jurídica é uma operação do direito da sociedade (sistema de sentido jurídico da sociedade). Como sistema de sentido, ao mesmo tempo em que cada decisão fixa sentido, ela mesma promove mudança no sentido. Significa, direito é memória da sociedade ao mesmo tempo em que ele é mudança social. (SILVA, 2010, p.124)

Esta definição acima conforma-se com a teoria Luhmanniana, adotada por este trabalho, na qual a decisão jurídica é compreendida como uma operação dentro do sistema jurídico e com os elementos concernentes a ele. Porém, é possível a visualização de outros conceitos adjacentes que se aproximam da acepção da aplicação de normas (leis) aos fatos. Na concepção apresentada por Sergio Nojiri:

As decisões judiciais apresentam-se como um instrumento de resolução de litígios mediante a aplicação de normas gerais a um caso individual, no qual seu produto final envolve a adoção de duas ou mais decisões. Este processo consiste simultaneamente

---

<sup>43</sup> A decisão judicial também pode ser compreendida como “a provisão do juiz que, recebendo ou rejeitando a demanda do autor, afirma a existência ou a inexistência de uma vontade concreta de lei que lhe garanta um bem ou respectivamente a inexistência ou a existência de uma vontade de lei que garanta um bem ao réu”; o acórdão que é “uma sentença proferida por um órgão colegiado superior”. (CHIOVENDA, 2009, p. 212-213).

na escolha de regras com base nos fatos descritos e na descrição dos fatos de acordo com as regras a serem aplicadas. (NOJIRI, 2017, p.1)

Ao estudar as sentenças, deparamo-nos com uma questão que tem sido fonte de intensos debates: o papel do juiz, os elementos que podem ser utilizados ao fundamentar as decisões judiciais e as possibilidades de interpretação empregadas por ele. Então começar-se-á por discorrer sobre o argumentar e os elementos intrínsecos às sentenças que permitem a estabilidade e segurança na sociedade.

#### 4.2.3.1 – Argumentar

O primeiro tópico dentro da decisão judicial e dentro do sistema jurídico de uma maneira geral diz respeito ao argumentar, que significa “oferecer um conjunto de razões a favor de uma conclusão ou oferecer dados favoráveis a uma conclusão.” (WESTON, 1996, p. 13)

A ideia anterior ao argumentar é o uso da linguagem para a construção de algo. Portanto, antes de qualquer coisa é necessário compreender como isto ocorre através do estudo de alguns conceitos como enunciados.

Logo, “é um lugar comum na linguística atual a afirmação de que a argumentatividade é intrínseca à linguagem humana e de que, portanto, todos os enunciados são argumentativos.” (FIORI, 2018, p. 15)

Geralmente, utiliza-se a argumentação como um instrumento para alcançar um determinado fim, podendo ser, no caso do sistema jurídico, fundamentar uma decisão, tentar convencer de algo, através de uma ação ou petição, demonstrar uma aceção sobre um determinado embasamento.

Parece obvio afirmar que a argumentação é uma componente importante da experiência jurídica sob praticamente todas as suas facetas: quer se considere a aplicação como interpretação ou a produção do direito; quer ainda se nos colocarmos na perspectiva do juiz, do advogado, do teórico do direito, do legislador. (ATIENZA, 2014, p. 15)

Não há dúvida de que a prática do direito consiste, de maneira muito fundamental, em argumentar, e todos nós devemos concordar que a qualidade que melhor define o que se entende por um bom jurista talvez seja a capacidade para idealizar e manejar argumentos com habilidade. (ATIENZA, 2005, p. 1)

Atienza (2005) citará três campos distintos em que ocorrem as argumentações, sendo que um deles interessará mais ao propósito deste trabalho.

O primeiro campo citado por ele diz respeito à produção ou estabelecimento de normas

legislativas. Como foi exposto antes, o Direito<sup>44</sup> a ser analisado dentro do sistema jurídico é o positivo, que possui como uma de suas características a mutabilidade, através do processo legislativo.

Depara-se, usualmente, com situações que já foram objeto de leis, assim como novas situações que precisam ser reguladas dentro desta sociedade contingente. Ao identificar estas, inicia-se um processo de análise de possíveis regras que poderão incidir sobre ela. Nestes casos geralmente são chamados atores do sistema jurídico para contribuir na sua redação, como doutrinadores, juízes, promotores, advogados, entre outros, que sugerirão textos e soluções para o tema estudado.

Aqui, por sua vez, poderia diferenciar-se entre as argumentações que se apresentam em uma fase pré legislativa e as que se produzem na fase propriamente legislativa. As primeiras se efetuam como consequência da aparição de um problema social cuja a solução - total ou parcial- se pensa que pode ser a adoção de uma medida legislativa. Exemplo delas são as discussões sobre a despenalização ou não do aborto, da eutanásia ou do tráfico de drogas, ou sobre a regulação do chamado tráfico de influências. (ATIENZA, 2005, p. 1-2)

Portanto, ao utilizar da argumentação, tem-se em vista o que se objetiva alcançar, que, neste cenário, é produzir a melhor redação legal para orientar o comportamento social, tanto em vista de proibições ou permissões, como de sanções a serem aplicadas. E, para isto, é necessário estudos, argumentos e discussões para chegar-se a um consenso de alteração de lei preexistente como de redação de uma nova norma jurídica.

O segundo campo apontado por Atienza (2005) diz respeito ao uso dos argumentos jurídicos para aplicação das normas para a resolução dos casos concretos, no qual ele apresenta uma distinção entre os casos que se centram nos problemas referentes aos fatos e àqueles que discutem a interpretação do direito, demonstrando que a produção de argumentos jurídicos acontece mais na segunda situação.

Um segundo campo em que são apresentados argumentos jurídicos é o da aplicação de normas jurídicas à resolução de casos, quer se trate de uma atividade exercida por juízes no sentido estrito da palavra, órgãos administrativos no sentido mais lato do termo ou simples particulares<sup>45</sup>.

Pode-se dizer que a teoria do argumento jurídico dominante se concentra nas questões - os casos difíceis - relativas à interpretação da lei e que são levantadas nos órgãos superiores da administração da justiça.

---

<sup>44</sup> Na sociedade moderna, Kelsen já havia dito, não existe espaço para o direito natural. O direito natural é incompatível com a democracia. E isso Kelsen dizia no início de um século que veria tantos jusnaturalismos. O direito natural encontra-se sujeito a condicionamentos externos. O direito positivo condiciona-se a partir de si mesmo; cada transformação do direito deve conter uma redescritção do direito existente. Em outros termos, o direito se auto-organiza e só assim se historiciza. (GIORGI, 1998, p. 155)

<sup>45</sup> É primordial destacar que só serão objeto de análise deste trabalho as proferidas por juízes no curso do processo.

No entanto, a maioria dos problemas que tanto os tribunais como os órgãos não jurisdicionais da administração têm de tratar e decidir são mais problemas de facto, de modo que os argumentos que ocorrem no decurso destes ficam fora do âmbito das teorias habituais da argumentação jurídica. (ATIENZA, 2005, p. 2)

Por último estuda-se os argumentos jurídicos dentro da dogmática jurídica que consiste, segundo o autor, em “uma atividade complexa na qual é possível distinguir essencialmente estas três funções: 1) fornecer critérios para a produção da lei nas diferentes instâncias em que ela tem lugar; 2) fornecer critérios para a aplicação da lei; 3) ordenar e sistematizar um setor do sistema jurídico”.(ATIENZA, 2005, p. 2)

Como tornar-se-á claro ao iniciar a análise de alguns exemplos, o segundo campo disposto por Atienza, que concerne à interpretação do direito em determinados casos, é que terá lugar neste capítulo, uma vez que estudar-se-á os argumentos jurídicos demonstrados através da interpretação legal.

Portanto, “ninguém duvida que a prática do direito consiste, de forma muito fundamental, em argumentar, e todos concordamos que a qualidade que melhor define o que se entende por um bom jurista pode ser a capacidade de conceber e lidar com argumentos com perícia.” (ATIENZA, 2005, p. 1)

O sentido e o alcance de um argumento isolado não podem senão raramente, ser compreendidos sem ambiguidade; a análise de um elo da argumentação, fora do contexto e independentemente da situação em que ele se insere, apresenta inegáveis perigos. Estes não se devem unicamente ao carácter equívoco da linguagem, mas também ao fato de os móbeis de uma argumentação não serem quase nunca completamente explicitados. (PERELMAN, 2002, p. 211)

O direito, tal como funciona efetivamente, é essencialmente um problema de decisão: o legislador deve decidir quais serão as leis obrigatórias numa comunidade organizada, o juiz deve decidir sobre o que é o direito em cada situação submetida a seu juízo. Mas nem o legislador e nem o juiz tomam decisões puramente arbitrárias: a exposição de motivos indica razões por que uma lei foi votada e, num sistema moderno, toda sentença deve ser motivada. O direito positivo tem como correlativo a noção de decisão, senão razoável, pelo menos raciocinada. (PERELMAN, 1996, p. 376)

#### 4.2.3.2 – Elementos

Um dos princípios que regem o direito é o da motivação das decisões judiciais, presente na Constituição Federal. O juiz, ao proferir sua decisão, deve fundamentá-la. Este é um dos princípios basilares que permitem, entre outras coisas, que os atores deste sistema, descontentes com a decisão, possam recorrer dela, contestando o disposto no texto judicial, e proporcionando

a manutenção de uma ordem dentro do sistema social, especialmente entre sociedades como se citou, complexas, em que a manutenção das expectativas normativas fez-se necessária, ainda que ocorra o descumprimento destas.

Então, os elementos e o discurso utilizados no fundamento das decisões devem ser apropriados à ideia de sistema jurídico e a do código binário deste sistema<sup>46</sup>, uma vez que se adota a teoria sistêmica como meio de análise deste.

Conforme preceitua Jorge Júnior (2008, p. 6):

A motivação dos atos jurisdicionais exigida pela Constituição acarreta a limitação dos poderes exercidos pelo magistrado, exigindo-se adequada aplicação do princípio da legalidade, demonstrando-se não ter aquele descumprido os direitos fundamentais, ou decidido contra a lei ou ter extrapolado de suas funções.

Já o artigo 93, inciso IX<sup>47</sup>, da Constituição Federal estabelece que toda decisão judicial deve ser motivada, prescrevendo norma sancionadora, cominando pena de nulidade para as decisões desmotivadas.

Para fins de melhor compreensão da temática, iniciar-se-á o estudo com votos dos ministros do STF na Ação Declaratória de Constitucionalidade 43/Distrito Federal que se adequem melhor aos elementos postos no direito positivo e a dedução destes desenrolar-se-á através do debate dos votos. A análise a ser feita não diz respeito se a decisão foi boa ou má, justa ou injusta (não analisa aspectos valorativos e sim aspectos objetivos e racionais), pois como discutir-se-á, aqueles não são elementos pertencentes ao sistema jurídico a priori.

A argumentação pelo exemplo implica – uma vez que a ela se recorre – certo desacordo acerca da regra particular que o exemplo é chamado a fundamentar, mas essa argumentação supõe um acordo prévio sobre a possibilidade de uma generalização a partir de casos particulares ou, pelo menos, sobre os efeitos da inércia. (PERELMAN, 2002, p. 399)

Esta espécie de argumentação a ser utilizada para explicar a problemática corresponde a que Perelman (2002) denomina de “argumentação pelo exemplo” ou “o fundamento pelo caso particular”, como foi explanado acima.

<sup>46</sup> Relaciona-se, especialmente, a ideia de sistema operativamente fechado.

<sup>47</sup> Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

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

#### 4.2.3.2.1. *Decisão sobre a prisão em segunda instância*

A discussão sobre a prisão após a segunda instância foi iniciada há alguns anos e, ainda que tenha havido decisão recente, oriunda da Ação Declaratória de Constitucionalidade 43/Distrito Federal (ADC 43/DF) a esse respeito e uma alteração legal posterior, é possível que não tenha se encerrado pois traz consigo muitas opiniões do senso comum, ou seja, uma compreensão do senso comum<sup>48</sup> erroneamente veiculada como se traduzisse o conhecimento jurídico a respeito.

O conflito envolve especialmente, ou inicialmente, dois artigos dispostos, respectivamente, na Constituição Federal e no Código de Processo Penal. Porém, como analisar-se-á, existem algumas temáticas que não restringem sua discussão ao sistema jurídico, possuindo três sentidos a seguir dispostos: primeiro, de que as decisões no âmbito jurídico devem ater-se aos elementos deste binômio; segundo, a de que alguns temas atraem um interesse do público em saber o resultado, por envolver questões que extrapolam (em sentido figurado), de alguma forma, o ambiente intrinsecamente jurídico, como o da segurança pública, erroneamente aqui considerada; e, terceiro, porque busca-se, ao fundamentar o Direito, elementos que não estão dentro deste sistema binário, ou seja, estranhos ao direito.

Quanto ao primeiro sentido, respalda-se o caso jurídico a partir de fundamentos internos, relacionados ao direito positivo. Portanto, no voto do Ministro do Supremo Tribunal Federal Luís Roberto Barroso, quando apresenta os seguintes argumentos, identifica-se que as razões para julgar são inerentes ao próprio sistema jurídico, neste caso, ao direito positivo.

1. Como já decidido pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal em três oportunidades no ano de 2016 – sendo uma delas em recurso extraordinário com repercussão geral –, **a execução da pena após a decisão condenatória em segundo grau de jurisdição não ofende o princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade** (CF/1988, art. 5º, LVII)

2. A prisão, nessas circunstâncias, justifica-se pela conjugação de três fundamentos jurídicos:

(i) **a ordem constitucional brasileira não exige trânsito em julgado para a decretação de prisão. O que se exige é ordem escrita e fundamentada da autoridade competente** (CF/1988, art. 5º, LVII e LXI) (ADC 43/DF, BARROSO, 2019, p. 2, grifo nosso)

Concernente, portanto, apenas ao código binário direito e não direito, o fundamento posto para a sua decisão está no artigo 283 do Código de Processo Penal e na Constituição Federal

---

<sup>48</sup> População e meios de comunicação, que possuem um conhecimento diferente daquele, pois advém de códigos diversos.

no artigo 5º, inciso LVII<sup>49</sup>.

A interpretação destes artigos pode variar, tendo em vista não somente que a hermenêutica não é uma ciência exata, assim como alguns textos apresentam uma certa ambiguidade em conteúdo.

Aprofundando a temática hermenêutica, Dworkin (1999) apresenta-nos três formas de interpretação: a psicológica ou subjetiva, em que se procura identificar qual foi à vontade do legislador ao redigir aquele texto legal. O que ele pensou naquele momento. Possivelmente, este relaciona-se com o contexto histórico ou com interesses de classes no poder.

A segunda é a sintática ou gramatical, em que se procura localizar o sentido de cada palavra, a sua acepção, com o objetivo de entender da forma mais correta possível o significado de uma expressão ou o fim que se deseja dar à norma posta.

O terceiro tipo de interpretação proposto por ele é contrafactual, em que se aplica a lei ao caso concreto. O último, neste caso, deve ser considerado o mais próximo da visão correta de entender o que se passa ao redor.

Ainda que o juiz possa contar com o processo interpretativo e com uma gama de doutrina a traduzir ou explicar o sentido do texto legal, a compreensão das leis não é uma ciência exata como a matemática, o que por vezes parece ser muito claro, pode assumir diversas acepções a partir do observador.

Logo, conclui-se que todos textos carregam uma certa indeterminação, tornando-se extremamente necessário para a evolução dos direitos e garantias, pois uma vez que se discute o assunto, trabalha-se a ideia de como aperfeiçoá-lo. Portanto, até propriamente na oração “todos são iguais perante a lei” há uma ambiguidade neste artigo da Constituição Federal. Uma vez que significa tratar todos de igual forma ou dar condições de igualdade a todos. E esta imprecisão não diz respeito somente ao texto legal, relaciona-se também com a ideia de dar uma “função” ao resultado das decisões judiciais<sup>50</sup>, que pode ser extremamente perigosa uma vez que pode estar contido sob este manto questões que não estão relacionadas exclusivamente à aplicação da lei, como terminologias que, anteriormente, conduziram a erros judiciais, além de serem utilizadas de maneira arbitrária para prender sem um argumento legal, isto é, do

---

<sup>49</sup> Art. 5º, LVII/CF - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória; Art. 283/CPP. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.

<sup>50</sup> Ponto também será destacado no voto do ministro Alexandre de Moraes.

sistema jurídico.

2. A prisão, nessas circunstâncias, justifica-se pela conjugação de três fundamentos jurídicos: (...)

(iii) depois da condenação em 2º grau, quando já não há mais dúvida acerca da autoria e da materialidade delitiva, nem cabe mais discutir fatos e provas, a execução da pena é uma **exigência de ordem pública para a preservação da credibilidade da justiça**. (ADC 43/DF, BARROSO, 2019, p.2, grifo nosso)

Ordem pública é uma expressão extremamente vaga e indeterminada, tendo sua origem na Alemanha nazista para prender judeus de forma indiscriminada. Ao lado disso, ou contida nesta, tem-se a “credibilidade da justiça”. Ninguém poder ser preso ou mantido preso somente porque, se for diferente, a justiça e os juízes poderiam cair em descrédito. A aplicação da lei e objetivamente desta deve sempre guiar estas decisões, especialmente em casos que envolvem a privação de liberdade.

No caso também o juiz procura, ao decidir, modificar a visão que se tem sobre o sistema penal brasileiro. Esta ideia está contida no segundo sentido antes salientado, ou seja, temáticas que atraem o interesse social e que, neste caso, erroneamente, através de desinformação e propaganda, acreditam poderem ser resolvidas a partir disto, puxando o juiz para si a tarefa da transformação e recuperação de uma sociedade em crise, em virtude da crescente criminalidade.

3. Há, ainda, fundamentos de ordem pragmática que reforçam a opção pela linha interpretativa aqui adotada. De fato, a possibilidade de execução da pena após a condenação em segundo grau:

(i) **permite tornar o sistema de justiça criminal mais funcional e equilibrado**, na medida em que coíbe a infundável interposição de recursos protelatórios e favorece a valorização da jurisdição criminal ordinária;

(ii) **diminui o grau de seletividade do sistema punitivo brasileiro**, tornando-o mais republicano e igualitário, bem como **reduz os incentivos à criminalidade de colarinho branco**, decorrente do mínimo risco de cumprimento efetivo da pena;

(iii) **promove a quebra do paradigma de impunidade no sistema criminal**, ao evitar que a necessidade de aguardar o trânsito em julgado do recurso extraordinário e do recurso especial impeça a aplicação da pena (pela prescrição) ou cause enorme distanciamento temporal entre a prática do delito e a punição, sendo certo que tais recursos têm ínfimo índice de acolhimento; (grifo nosso) (ADC 43/DF, BARROSO, 2019, p. 3, grifo nosso)

Logo, quanto a este segundo sentido, é necessário muito cuidado ao realizar a análise, pois, se pode deduzir, falsamente, que a decisão se dirige a alguém<sup>51</sup>, e de que é mais importante satisfazer a um auditório particular do que cumprir a lei.

Quanto ao voto do ministro Edson Fachin na ADC 43/DF, é possível visualizar a utilização de argumentos diferentes na interpretação do artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, apesar de chegar à conclusão semelhante ao do ministro Barroso. Isto ocorre, como já

---

<sup>51</sup> No sentido de ter que atender a uma determinada expectativa, seja por justiça, seja por vingança.

disposto anteriormente, pois apesar dos recursos hermenêuticos serem os mesmos, estando disponíveis a todos, o uso que cada um faz deles é diferente, além das referências teóricas adotadas serem particulares.

Ele inicia o seu voto com um olhar crítico a respeito da utilização deste dispositivo legal. E, ao realizá-lo, demonstra que, dependendo da corrente teórica adotada, tanto hermenêutica como teleológica, o artigo pode ser utilizado para fundamentar posicionamentos diversos. Portanto, o que por vezes pode parecer não conter obscuridade, apresenta, em certas ocasiões ambiguidades.

Para poder explicar seu posicionamento discorre, inicialmente, sobre como o direito deve ser entendido, demonstrando que o olhar hermenêutico tem consequências no modo como a lei será aplicada.

Ministro Eros Roberto Grau em obra doutrinária, perder de vista que “não se interpreta o direito em tiras, aos pedaços.//A interpretação de qualquer texto de direito impõe ao intérprete, em qualquer circunstância, o caminhar pelo percurso que se projeta a partir dele – do texto – até a Constituição. (...) // A interpretação do direito – lembre-se – desenrola-se no âmbito de três distintos contextos: o linguístico, o sistêmico e o funcional [Wróblewski 1985:38 e ss.]. No contexto linguístico é discernida a semântica dos enunciados normativos. Mas o significado normativo de cada texto somente é detectável no momento em que se o toma como inserido no contexto do sistema, para após afirmar-se, plenamente, no contexto funcional.” (GRAU, Eros Roberto. *Porque tenho medo dos juizes – a interpretação/aplicação do direito e os princípios*. 7 ed. São Paulo: Malheiros. 2016. p. 86)

Fachin, então, retoma o próprio contexto em que a Constituição foi redigida e aprovada, “produzida, segundo ele, num democrático ambiente de dissensos”. (FACHIN, 2019, p. 1). Aqui, podendo ser utilizada como recurso tanto para uma percepção como para outra.

Nesta dualidade de acepções, um dos pontos mais importantes, colocado por ele na primeira parte do texto do seu voto é a função do direito penal na tutela dos direitos fundamentais.

A Constituição, porém, quer se queira ou não à luz das concepções que cada um sustenta, **escolheu o direito penal como um de seus instrumentos de proteção de direitos fundamentais**, havendo inúmeros dispositivos constitucionais que o invocam expressamente, sendo exemplos os seus arts. 5º, incisos XLI, XLII, XLIII e XLIV (impondo expressamente punição à qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais, ao racismo, tortura, tráfico de drogas, terrorismo, crimes hediondos, ação de grupos armados), assim como o art. 7º, X (necessária tipificação da retenção dolosa do salário dos trabalhadores) e o art. 225, § 3º (tipificação de condutas lesivas ao meio ambiente). (ADC 43/DF, FACHIN, 2019, p. 19, grifo nosso)

Logo, atribuindo-se o dever de zelo e garantia, a interpretação assume um caráter, segundo o ministro, não punitivo e sim de salvaguarda e correta tradução da legislação. Que

não deixa de reconhecer o princípio da presunção da inocência, mas que o coloca em termos diferentes aos utilizados para embasar o posicionamento contrário e, o mais relevante, que não o vincula diretamente e obrigatoriamente à prisão em segunda instância.

Desses precedentes é possível extrair duas conclusões. A primeira é a de que os direitos formais que caracterizam a presunção de inocência perduram até o julgamento final do processo, vale dizer, até a última decisão proferida, até o trânsito em julgado. A segunda é a de que, dentre esses direitos, não está o de não ser preso até que o trânsito em julgado ocorra. Por isso, o tratamento processual do acusado não se confunde com a possibilidade de se realizar sua prisão, cautelar ou para o cumprimento da pena. (ADC 43/DF, FACHIN, 2019, 22)

Na concepção dele, a inscrição no rol dos culpados só pode ser feita ao final do julgamento de todos os recursos, atendendo ao princípio da presunção de inocência, ou seja, ainda que o indivíduo possa ser preso anteriormente, a constatação de sua culpa, para efeitos de antecedentes ou reincidência proceder-se-á somente ao fim dos recursos.

E, por fim, dispõe que a sua interpretação não fere o princípio constitucional da Irretroatividade da lei penal, tendo em vista que não houve qualquer alteração no dispositivo normativo, nem na jurisprudência a respeito da compreensão de um fato como crime ou não.

Todavia, o que se tem no caso concreto é situação diversa. Aqui, se está a cogitar da impossibilidade de retroatividade do entendimento jurisprudencial que alterou o marco do início da execução penal.

Pode-se sustentar validamente que alguém tem o direito subjetivo de não ser punido por um fato praticado, se no momento em que o pratica, o entendimento jurisprudencial é no sentido de que não configura crime.

Situação diversa é sustentar que alguém tem o direito subjetivo de só estar sujeito à eficácia de uma decisão condenatória a partir de um determinado momento processual. Como a regra constitucional do inciso LV, do art. 5º, dita apenas que “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”, **entendo que a extensão dela aos entendimentos jurisprudenciais estaria permitida apenas às hipóteses em que o entendimento jurisprudencial se refere à configuração do fato como ilícito, mas não nas hipóteses como a presente.**

Aqui, inexistente alteração no plano normativo-penal do comportamento ideal guiado pelo ordenamento jurídico, de modo que a legalidade se mostra plenamente respeitada. (ADC 43/DF, FACHIN, 2019, p 27/28, grifo nosso)

Da análise deste voto, pode-se depreender que houve uma absoluta vinculação à elementos do sistema jurídico, o denominado direito positivo como pilar da correta interpretação legal, com obediência à teoria sistêmica defendida por Luhmann.

No voto a favor da prisão após a decisão em segunda instância, o ministro Alexandre de Moraes inicia seu voto observando alguns pontos do pedido e apontando entendimento anterior sobre a temática, fruto deste tribunal (STF), realizando um breve relato dos argumentos utilizados.

O primeiro ponto a ser considerado diz respeito a dois elementos citados no pedido que salientam o aspecto temporal da edição dos dois diplomas normativos, Constituição Federal e

artigo 283 do Código de Processo Penal, e a legitimidade do processo democrático de eleição dos representantes legais.

A Constituição Federal promulgada em 1988 contém em seu texto a presunção de inocência como um direito humano inviolável. Seguindo esta diretriz da norma superior, redigiu-se o artigo 283 do CPP em 2011, estabelecendo que ninguém poderá ser preso, entre outras razões, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória. A compreensão que se depreende é da total impossibilidade desta prisão, uma vez que consideraria culpado alguém que ainda poderia ser inocentado em grau de recurso, produzindo um prejuízo irreparável para este. O segundo aspecto observa que o dispositivo 283 é produto do processo legislativo, sendo legitimado pelo povo, uma vez que escolheram os representantes<sup>52</sup> que redigiram este. Portanto, quando assinala o “voto popular” neste íterim, termina por ressaltar o sentido político de opinião pública que advém da vontade do povo.

Discorre ainda no pedido sobre a impossibilidade de retroatividade deste entendimento jurisprudencial tendo em vista o princípio da irretroatividade da lei penal em prejuízo do réu, além de mencionar a inconstitucionalidade que caracteriza o sistema carcerário brasileiro, situação que é objeto de muitas críticas no âmbito nacional e internacional.

Por fim, antes de dissertar sobre as suas razões para julgar, o ministro cita um trecho de decisão desta corte em 05/10/2016, em que:

No julgamento do Habeas Corpus 126.292/SP, a composição plenária do Supremo Tribunal Federal retomou orientação antes predominante na Corte e assentou a tese segundo a qual **“A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal”**. (ADC 43/DF, MORAES, 2019, 7, grifo nosso)

Ao inaugurar seus argumentos, destaca um ponto importante que é objeto de preocupação e que envolve os julgamentos sobre temáticas nos quais se têm posicionamentos divergentes e demasiado conflitantes, que é toda a discussão na sociedade que estes produzem, através, por vezes, de discursos agressivos e críticas sem fundamentação sobre o que levaria os magistrados

---

<sup>52</sup> Continua o Autor defendendo que a redação do art. 283 do CPP foi elaborada pelos representantes eleitos pelo voto popular, de modo que deve ser respeitada, pois definida nos limites da moldura normativa fixada pela Constituição Federal. Argumenta que o “(...) legislador decidiu dentro dos limites constitucionais, conferindo ao princípio da presunção de inocência uma interpretação que não deixa sequer de ser estrita, apoiada no critério do trânsito em julgado mencionado no texto constitucional” (doc. 1, fl. 28), exigindo-se deferência do Poder Judiciário ao resultado do processo legislativo democrático. (ADC 43/DF, MORAES, 2019, p. 3)

a decidir de determinada forma. Neste caso, as “paixões” influenciam ou determinam o comportamento dos indivíduos, especialmente quando, de alguma forma, termina-se por discorrer sobre o ambiente político também, uma vez que esta decisão, como o próprio ministro diz, é extremamente importante.

É ainda mais fundamental decidir além do que deseja a maioria e não ter intenção de transformar este julgamento em um caso de “populismo judicial”, ou seja, deve-se ter em mente qual é o papel do juiz ao analisar um fato e aplicar a lei a este, ainda que “a voz da rua” incite algo diverso.<sup>53</sup>

O verdadeiro Estado Constitucional consagra a Democracia baseada na Soberania Popular e o Estado de Direito fundado no respeito às leis e à independência do Judiciário.

Disso deriva a legitimidade da Jurisdição Constitucional, e não do pseudo **“clamor das ruas” a fomentar perigoso “populismo judicial” baseado em agradar sempre grupos de pressão majoritariamente barulhentos ou setores midiáticos ideologicamente engajados, nem sempre é possível agradar a todos.** E não é esse o compromisso constitucional do STF. O “Populismo Judicial” é incompatível com o exercício da judicatura. (ADC 43/DF, MORAES, 2019, p 12, grifo nosso)

Rebate um dos argumentos utilizados contra a prisão antes do trânsito em julgado levantado pela procuradoria geral da república em que põe em debate a segurança jurídica diante de uma mudança de entendimento jurisprudencial, no qual o ministro demonstra por números, que ao longo do tempo a maioria dos juízes decidiu de forma semelhante, ou seja, a favor da prisão após a decisão em segunda instância.

Afirma também que o interesse do acusado não será violado, uma vez que há, segundo o ministro (2019) o respeito ao “devido processo legal que tem como corolários a ampla defesa e o contraditório, que deverão ser assegurados a todos os litigantes” e que:

Ignorar a possibilidade de execução de decisão condenatória de segundo grau (...) seria atribuir eficácia zero ao princípio da efetiva tutela jurisdicional, em virtude de uma aplicação desproporcional e absoluta do princípio da presunção de inocência, que não estaria levando em conta na interpretação constitucional o método da justeza ou conformidade funcional, que aponta, como ensina VITAL MOREIRA, a necessidade de os órgãos encarregados da interpretação da norma constitucional não poderem chegar a uma posição que subverta, altere ou perturbe o esquema organizatório-funcional constitucionalmente estabelecido pelo legislador originário (Fundamentos da Constituição. Coimbra: Coimbra, 1991, p. 134 ss). (ADC 43/DF, MORAES, 2019, 21)

Em seguida realiza uma crítica, que não se encontra isolada, em que as decisões em instâncias ordinárias não podem simplesmente ser desconsideradas ou não apresentarem validade alguma frente às demais decisões, sendo, possivelmente, compreendidas como “meros

---

<sup>53</sup> Porém, apesar das críticas ao “populismo judicial”, o ministro despense um tempo considerável de sua argumentação ressaltando a coragem dos juízes que ousam pensar diferente, não seguindo a maioria.

juízos de passagem sem qualquer efetividade de suas decisões penais”. (ADC 43/DF, MORAES, 2019, p. 21-22)

Concluindo, destaca um ponto, na verdade, um possível fim ou consequência diante desta decisão judicial, objeto a ser analisado dentro dos argumentos intrínsecos e estranhos ao sistema jurídico, que seria o combate a corrupção.

Durante todos esses anos, 31 anos, as alterações de posicionamento do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL não produziram nenhum impacto significativo no sistema penitenciário nacional, mas, principalmente nos últimos anos, **produziu uma grande evolução no efetivo combate à corrupção no Brasil.** (ADC 43/DF, MORAES, 2019, p. 16-17, grifo nosso)

Seria somente interessante, diante da fala do ministro, fazer um parêntese a este respeito. O código penal, quanto ao fim das penas, adota o sistema misto<sup>54</sup>, tendo duas funções: a prevenção e a retribuição. A prevenção é dividida em duas: geral e especial. No tocante à prevenção geral, um dos objetivos é de que a presença da possível sanção diante da transgressão da norma faça com que os indivíduos evitem o cometimento destas condutas. Portanto, se foi este o fim do comentário do ministro, verifica-se que coincide com os elementos inerentes ao sistema jurídico, dentro do binômio direito e não direito. Porém, se o fim foi “enviar um aviso à sociedade”, considera-se completamente inadequado frente à racionalidade e objetividade que se exige do magistrado no momento de decidir.

Quanto ao voto do ministro Marco Aurélio de Mello na ADC 43/DF, é possível dividi-lo, assim como se procedeu anteriormente quanto ao voto do ministro Barroso, em dois momentos distintos: o primeiro em que seus argumentos se vincularão à exposição legal, baseando-se no artigo 5º, LVII da Constituição Federal e no artigo 283 do Código de Processo Penal, e um segundo momento em que discorrerá sobre o contexto em que é possível, a seu ver, produzir um resultado diferente, contrário aos ditames legais.

Ao iniciar seu voto, citando a Constituição Federal posiciona-se contrariamente à prisão após decisão em segunda instância, considerando esta uma afronta à ordem democrática. É interessante destacar como a utilização dos mesmos dispositivos legais conduz a um resultado diverso.

Não se pode potencializar o decidido, pelo Pleno, no habeas corpus nº 126.292, por maioria, em 17 de fevereiro de 2016. **Precipitar a execução da sanção importa antecipação de culpa, por serem indissociáveis. Conforme dispõe o inciso LVII do artigo 5º da Constituição Federal, “ninguém será considerado culpado até o**

---

<sup>54</sup> Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:

**trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, ou seja, a culpa surge após alcançada a preclusão maior.** (ADC 43/DF, MELLO, 2019, p. 1-2, grifo nosso)

Neste caso, adota-se uma interpretação literal do dispositivo quanto ao contexto da aplicação da sanção penal, compreendendo que diante da possibilidade de recursos não se pode concluir pela culpa do indivíduo. Esta é uma afirmação importante, especialmente quando se tem conhecimento que quase metade da população carcerária brasileira ainda não foi condenada em definitivo.

O Tribunal, ao apreciar a referida impetração, não pôs em xeque a constitucionalidade nem colocou peias à norma contida na cabeça do artigo 283 do Código de Processo Penal, segundo a qual “ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou preventiva”. **Custódia provisória concebe-se cautelarmente, associada ao flagrante, à temporária ou à preventiva, e não a título de sanção antecipada.** (ADC 43/DF, MELLO, 2019, p.2, grifo nosso)

Talvez uma das questões assinaladas pelo ministro neste primeiro momento seja a forma de visualizar a prisão que decorre da decisão em segunda instância, uma vez que destaca a provisoriedade de uma prisão cautelar, ao contrário, a seu ver, desta prisão, em que se pressupõe que, como houve uma decisão em segunda instância, a materialidade e a autoria do crime estariam comprovadas, “justificando” a aplicação da sanção. Porém, esta decisão é passível de alteração, não podendo devolver ao indivíduo o tempo de liberdade do que ele pode ter sido privado arbitrariamente.

A execução antecipada pressupõe garantia do Juízo ou a viabilidade de retorno, alterado o título executivo, ao estado de coisas anterior, o que não ocorre em relação à custódia. É impossível devolver a liberdade perdida ao cidadão. (ADC 43/DF, MELLO, 2019, p.2)

Portanto, segundo o ministro, a redação do artigo é clara e precisa, rechaçando a tese de uma ambiguidade no corpo do texto, o que poderia produzir divergências hermenêuticas. Diante da redação, é possível somente encontrar semelhante conclusão.

A literalidade do preceito não deixa margem a dúvidas: a culpa é pressuposto da sanção, e a constatação ocorre apenas com a preclusão maior.

O dispositivo não abre campo a controvérsias semânticas. A Constituição de 1988 consagrou a excepcionalidade da custódia no sistema penal brasileiro, sobretudo no tocante à supressão da liberdade anterior ao trânsito em julgado da decisão condenatória. A regra é apurar para, em virtude de título judicial condenatório precluso na via da recorribilidade, prender, em execução da pena, que não admite a forma provisória (ADC 43/DF, MELLO, 2019, p.4-5)

Um segundo ponto explorado pelo ministro em seu voto é o contexto de crise na República, que poderia conduzir a uma compreensão errada da lei, o que não seria permitido, segundo a teoria sistêmica, uma vez que deve-se ater aos elementos jurídicos para decidir, não

permitindo que a irritação advinda do ambiente possa produzir uma distorção destes elementos.

Tempos estranhos os vivenciados nesta sofrida República! Que cada qual faça a sua parte, com desassombro, com pureza d'alma, segundo ciência e consciência possuídas, presente a busca da segurança jurídica. Esta pressupõe a supremacia não de maioria eventual – conforme a composição do Tribunal –, mas da Constituição Federal, que a todos, indistintamente, submete, inclusive o Supremo, seu guarda maior. Em época de crise, impõe-se observar princípios, impõe-se a resistência democrática, a resistência republicana. (ADC 43/DF, MELLO, 2019, p. 3)

Quanto ao voto do Ministro Ricardo Lewandowski (2019), este o inicia confirmando o seu dever, ao assumir o cargo no STF, “de cumprir a Constituição e as leis, “sem concessões a opinião pública ou publicada e nem a grupos de pressão.” Ou seja, há temas que em virtude da maior discussão a respeito, instalam no público um interesse em obter um determinado resultado.

Afirma que no caso em questão, o texto é claro, não possibilitando uma interpretação diversa da que teve e que o documento legislativo expressa a vontade do povo, sendo a presunção de inocência um dos direitos e garantias fundamentais que nasce no contexto da ditadura militar. Portanto, utiliza o recurso ao elemento legal do artigo 5º, LVII, para justificar seu posicionamento contrário à prisão após a decisão em segunda instância. Ressaltando ainda, nesse ínterim, a existência de um enorme número de presos provisórios, em condições sub-humanas; situação que seria agravada diante de um resultado diverso do julgamento.

Recorre também ao artigo 5º, LXI, da constituição federal, segundo o qual “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita fundamentada de autoridade judiciária competente”, evidenciando a importância da Constituição Federal e a não possibilidade de mutação ou distorção desta diante de forças políticas.

#### 4.2.3.3. Elementos Jurídicos

Com base na análise dos votos acima, torna-se possível identificar alguns elementos utilizados pelos magistrados no momento de decidir, que podem ser divididos em dois grandes grupos para fins de estudo e adequação à teoria escolhida por esta tese para leitura da problemática.

Inicialmente, como já foi objeto de análise neste capítulo e no anterior, a teoria luhmanniana procede uma diferenciação entre o que constitui sistema jurídico e o que constitui o ambiente deste. Portanto, para o sistema jurídico o elemento de referência para apreciação dos casos é o direito positivo.

É este que, dentro da constante diferencial funcional, que tem como consequência uma superprodução de possibilidades, procederá a seleção fundamental para o funcionamento social. Portanto o elemento jurídico a ser apontado é aquele que decorre do direito positivo, uma vez que Luhmann separa a sociedade em sistemas

Dentro do direito positivo, temos a lei e os princípios positivados, que guiam a aplicação do direito na sociedade, permitindo um grau de previsibilidade quanto o resultado a ser alcançado diante da lei.

Através da leitura das decisões, sem realizar uma análise valorativa a respeito se a decisão foi “boa” ou “ má”, justa ou injusta, foi possível identificar de que forma, em grande parte dos casos, os ministros utilizaram para decidir o argumento legal, ou seja, a vinculação aos artigos dispostos em lei, ainda que com resultados divergentes.

Esta vinculação à lei e ao direito positivo restringe o poder de discricionariedade do juiz, que possui ao seu dispor, porém, as técnicas argumentativas que poderão conduzir a resultados diversos, como se visualizou, ainda que, como disseram alguns ministros em seus votos, que a redação do dispositivo não tenha deixado margem para a dúvida.

Entende-se que, apesar do sistema jurídico estar operativamente fechado em seus elementos, é possível notar irritações dos outros sistemas, que vez por outra são citados nas decisões judiciais.

Ressalta-se aqui especialmente o sistema político, que como já foi objeto de explicação anterior, acopla-se estruturalmente com o sistema jurídico no que concerne à Constituição Federal. Porém, é ainda importante destacar que:

Primeiramente, no plano das premissas decisórias, o sistema político controla a introdução de leis no sistema jurídico. Ainda nesse plano, o sistema jurídico recebe essas premissas (leis), que são fundamentais para a legitimação do seu agir e, por outro lado, implementa judicialmente os programas fixados pelo sistema político. Noutro nível, no plano das decisões judiciais propriamente ditas, o sistema jurídico toma decisões que vinculam também o sistema político e que por este podem ser implementadas em termos de uso da força física. (CAMPILONGO, 2002, p. 94)

Ainda que esteja presente uma interdependência, a forma de observar das relações são completamente diferentes, tendo em vista que cada sistema funciona com um código binário próprio e particular.

Portanto, como elemento jurídico considera-se a legislação, que vincula os direitos e deveres dentro da sociedade. Logo, na decisão sobre a prisão em segunda instância, a Constituição Federal e o Código de Processo Penal foram os utilizados, em regra, para decidir.

De fato, muitos casos na atualidade estão sendo levados para apreciação do judiciário,

resultado, como estudar-se-á no próximo capítulo, de uma crise no modelo democrático.

A lei de introdução ao direito brasileiro<sup>55</sup> diz ainda que em caso de omissão da lei deve-se utilizar a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

#### 4.2.3.4. Elementos estranhos ao direito

O primeiro elemento extrajurídico que, especialmente no contexto do STF, é citado inúmeras vezes pelos ministros é contexto político que influenciaria o resultado das decisões. Como se disse logo acima, há uma irritação constante entre o ambiente jurídico e político e isto, por vezes, produz distorções na compreensão do direito a ser aplicado a um caso concreto, pois, no momento da análise, ao invés de vinculação à lei, observa-se dois movimentos diferentes: o primeiro seria o almejar enviar “mensagens” através de decisões jurídicas, ou seja, procurar resolver problemas estruturais a partir dos julgados. Um exemplo que um dos juízes faz referência é buscar diminuir a taxa de corrupção através da prisão após a segunda instância.

O fato narrado brevemente já se mostra completamente lesivo ao ordenamento jurídico e à segurança da sociedade, uma vez que, ao decidir, o juiz deve observar simplesmente a lei a ser empregada ao caso concreto e aplicá-la, não atentando, por meio disto, atingir qualquer outro objetivo que não seja a função a ser exercida pelos tribunais.

O segundo movimento é decidir buscando proteger a credibilidade do poder judiciário e não os elementos possíveis de culpa presentes no caso. Portanto, por exemplo, tendo-se em vista o aumento da criminalidade, o judiciário determinará um maior número de prisões para que a sociedade acredite nesta instituição. Ninguém pode ser privado de sua liberdade ou nenhum caso de nenhuma outra natureza, como uma reintegração de posse, pode ser ordenada a não ser que isto esteja expressamente previsto em lei e se demonstre a necessidade para tanto, através das razões postas no momento de motivar a decisão. Porém, é passível de visualização a citação deste elemento – credibilidade do poder judiciário em decisões do STF e de outros tribunais, especialmente dentro de expressões vagas previstas em lei, como a garantia da ordem pública.

O terceiro movimento, objeto de discussão no capítulo a seguir, é a ascensão da figura do juiz como um herói e o último recurso dentro de um ambiente de crise democrática. O

---

<sup>55</sup> Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

denominado “populismo judicial” é um processo extremamente perigoso enfrentado pelo país no momento. É viável a percepção deste através do próprio conteúdo das decisões judiciais, em que, por muitas vezes, os juízes “exaltam a sua coragem” ao decidir de uma determinada forma e não de outra.

Sem proceder a qualquer comentário de ordem valorativa, o texto da decisão judicial é o momento do juiz, objetivamente e racionalmente, expor seus motivos, vinculados ao direito positivo, para decidir.

Um outro elemento assinalado, inúmeras vezes, nas decisões judiciais é a moral. A relação entre direito e moral é objeto de estudo de numerosos autores, como Kelsen, que visualizam, de uma forma diferente que a teoria sistêmica, a relação entre eles.

Direito e moral são dois sistemas que possuem regras próprias, divergindo, entre outros fatores, quanto ao binômio presente em cada um. Ou seja, um mesmo fato é analisado de maneira diferente por estes sistemas, concebendo resultados que se ligam aos seus códigos. O código binário do sistema moral é moral e amoral.

Como os elementos são analisados a partir de uma perspectiva emocional, não é possível falar de verdadeiro e falso, apenas de moral e amoral segundo uma perspectiva axiológica.

O significado emotivo das expressões morais consiste em seu potencial causal de provocar uma mudança ou fortalecimento das atitudes emocionais. Nesse caso, os argumentos não passam de instrumentos para exercer pressão psicológica ou psíquica. (ALEXY, 2011, p. 56)

Neste contexto, é viável a visualização não apenas de decisões judiciais que não têm relação com o direito, mas também de denúncias do ministério público baseando-se na conduta amoral de alguém, e não ilícita (da forma como foi narrada).

A ideia de justiça também é mencionada com frequência nas decisões. O código binário a ser referido é o justo e o injusto, elementos extremamente valorativos, especialmente se forem aludidos em decisões judiciais, pois esta concepção de justiça é vista por muitos como algo pessoal, subjetivo. Portanto, o que é necessário para que o juiz prolate uma “decisão justa”? E a quem cabe determinar se uma certa decisão foi justa ou não?

Desta forma, termina-se por voltar à concepção de “auditório” de Perelman. A considerar um determinado auditório, por exemplo, uma família que perdeu o filho em um acidente de trânsito. Qual seria uma decisão “justa” ao ver desta família? Provavelmente a que determinasse a maior quantidade de cumprimento de pena. O que pode não ocorrer no caso concreto, uma vez que se decide e realiza a dosimetria da pena do acusado, fundamentando-se nos elementos

legais, ou seja, no que está disposto na legislação. E a vinculação a estes elementos de natureza objetiva, racionais, inerentes ao direito positivo, possibilitará que a decisão se direcione ao auditório correto que é a própria lei.

## **5. ESTADO DE DIREITO E DEMOCRACIA**

### **5.1. CONSIDERAÇÕES GERAIS**

A partir do capítulo anterior já foi possível perceber, por meio da análise das decisões e seus argumentos, a presença de um desequilíbrio dentro do estado democrático. Este é produzido em virtude de uma crise dentro do sistema político que provoca irritações nos outros sistemas. Neste caso, como ver-se-á mais a frente, há uma expansão do poder judiciário, “ocupando” de certa forma o lugar deixado “vago” pelo poder político.

Isto é deduzível não apenas através do aumento de casos no judiciário, mas, especialmente pelo movimento observado na população de veneração deste sistema e dos juízes, e do tempo disponibilizado a estas questões nos meios de comunicação, trazendo atores do subsistema judiciário para “falarem” diretamente com a sociedade, respondendo perguntas ou comentando casos vivenciados naquele momento.

Todavia, ao mesmo tempo em que se verifica a ascensão do subsistema judiciário na sociedade, acompanhar-se-á um maior número de eventos externos a ele que poderão produzir interferências e, possivelmente, a distorção no seu modo de operar.

A sua característica de transparência é passível de ser utilizada em alguns casos não somente com a finalidade de tornar públicos os atos, mas também com o objetivo de atrair o público, o que por vezes, pode produzir violações de direito, uma vez que, especialmente em casos de grande repercussão, poder-se-á observar um “julgamento” muito anterior ao “julgamento judicial”.

A compreensão, então, da temática iniciará com a descrição do Estado de direito e do governo da Democracia Representativa, apresentando suas características e formas de funcionamento. Posteriormente, discorrer-se-á sobre a crise que atinge a democracia representativa e sua origem, desenhando de que maneira ocorrerá a mudança na forma de visualização dos tribunais e os efeitos nos argumentos das decisões judiciais, singularmente no que concerne a possíveis respostas à opinião pública, constituída pelos meios de comunicação e pela sociedade.

### **5.2. ESTADO DE DIREITO**

Estudou-se, a partir da teoria Luhmanniana, a ideia de sociedade complexa, em substituição às sociedades simples anteriormente vigentes, em que o crescente campo de

possibilidades necessita ser estruturado e controlado para que exista uma sociedade operativamente funcional.

O direito, neste contexto, é essencial para isso, segundo Luhmann (1983), no alcance de uma complexidade mais alta e estruturada em sistemas sociais, pois uma constituição de Estado de direito exclui mais ou menos efetivamente numerosos modos comportamentais, abrindo porém, e exatamente por isso, o caminho para outros modos comportamentais, como por exemplo ações constitucionais que de outra forma não seriam possíveis, por dependerem da estruturação. (LUHMANN 1983, p. 13)

Portanto, a ideia de submissão a um ordenamento jurídico, de obediência às leis, de limitação de comportamento, de proteção contra atos arbitrários são elementos fundamentais para esse novo tipo de sociedade. Desta forma, segundo Luhmann (1983) existe uma relação de interdependência recíproca entre o direito como estrutura e a sociedade como sistema, tendo aquele a função de regular a complexidade da sociedade. E é, dentro deste contexto, que se visualiza a figura do Estado de Direito, em que vigora a “absoluta supremacia ou predominância do Direito em contraposição à influência do poder arbitrário” (DICEY, 2001, p. 198).

O Estado de Direito deveria ser formado, para Hayek, pelos seguintes elementos: (a) a lei deveria ser geral, abstrata e prospectiva, para que o legislador não pudesse arbitrariamente escolher uma pessoa para ser alvo de sua coerção ou privilégio; (b) a lei deveria ser conhecida e certa, para que os cidadãos pudessem fazer planos – Hayek defende que esse é um dos principais fatores que contribuíram para a prosperidade no Ocidente; (c) a lei deveria ser aplicada de forma equânime a todos os cidadãos e agentes públicos, a fim de que os incentivos para editar leis injustas diminuíssem; (d) deveria haver uma separação entre aqueles que fazem as leis e aqueles com a competência para aplicá-las, sejam juízes ou administradores, para que as normas não fossem feitas com casos particulares em mente; (...) (VIEIRA, 2017, sp)

Estes elementos permitiriam o tratamento igualitário, a garantia dos direitos fundamentais, o controle das instituições com o fim de evitar arbitrariedades, entre outros requisitos necessários para a manutenção de uma sociedade.

O respeito à lei é um dos elementos essenciais, ainda que se discorde do que está redigido<sup>56</sup>. A interpretação da lei, como tem se objetivado explanar nesta tese, não pode relacionar-se a situações políticas, para beneficiar ou prejudicar indivíduos específicos, pois, como se disse acima, a legislação é geral e abstrata com o objetivo de assegurar um tratamento igualitário e de obediência de todos à lei.

Todavia, quando se inicia o questionamento a respeito de como a lei é aplicada ou compreendida pelo poder judiciário, e se sugere que esta compreensão está distorcida, é

---

<sup>56</sup> Há um caminho apropriado para lidar com as discordâncias visualizadas no texto da legislação.

necessário identificar os elementos que podem estar ocasionando este comportamento, pois o que está em risco não é somente a perda de prestígio desta instituição, mas a segurança jurídica dentro da sociedade. Logo, discorrer-se-á a respeito do modelo de democracia adotado no Brasil.

### 5.3. DEMOCRACIA REPRESENTATIVA

#### 5.3.1 Considerações gerais

A democracia representativa ou indireta é uma modalidade de governo em que o povo tem o poder político, porém, não de forma direta e sim de forma indireta, ou seja, há a presença de representantes eleitos através do voto popular.

Segundo Manin (2018), os princípios deste governo representativo são: os representantes são eleitos pelos governados, os representantes conservam uma independência parcial diante das preferências dos eleitores, a opinião pública sobre assuntos políticos pode se manifestar independentemente do controle do governo e as decisões políticas são tomadas após debate.

Discorrendo um pouco, inicialmente, sobre os dois primeiros princípios, far-se-á mais claro o entendimento sobre a ideia de igualdade e de não vinculação, que de certa forma são intrínsecos a este.

Quanto ao primeiro princípio, a ideia que vigora é a da igualdade de direitos, uma vez que a todos (com as exceções legais) é assegurado o direito ao voto, podendo desta forma manifestar a sua vontade, escolhendo quem irá representá-los. Obviamente, como tornar-se-á mais perceptível através do trecho abaixo, a possibilidade de escolha não elimina algumas diferenças estruturais de oportunidades, visto que, muitas vezes, um determinado grupo continua a perpetuar-se no poder<sup>57</sup>.

---

<sup>57</sup> Na minha descrição, as elites de fato desempenham um papel crucial no governo representativo. Isso acontece porque as eleições selecionam, necessariamente, pessoas com características incomuns que são valorizadas positivamente pelos eleitores. Um candidato que não se destacou por alguma característica julgada favorável não ganharia uma disputa eleitoral. Isto posto, o método de eleição não determina o conteúdo particular das características consideradas positivas que levam candidatos a serem eleitos. Tais características são determinadas pelas preferências dos eleitores, isto é, pelos cidadãos comuns. Os eleitores escolhem as qualidades distintas que querem ver em seus representantes. Essas qualidades podem consistir em uma variedade de coisas, incluindo uma habilidade fora do comum para articular e promover uma determinada opinião política. Mesmo nesse caso, ainda estamos lidando com elites nas quais as pessoas que são excepcionalmente capazes de defender

Em primeiro lugar, as eleições não eliminam a diferença de status e função entre o povo e o governo. Em um sistema eletivo o povo não governa a si mesmo. O processo eletivo resulta na atribuição de autoridade a determinados indivíduos para que governem sobre outros (...)

Em segundo lugar, um sistema eletivo não requer que os governantes sejam semelhantes àqueles que eles governam. Os representantes podem ser cidadãos ilustres, social e culturalmente diferentes dos representados, contanto que o povo consinta em colocá-los no poder. Um governo eletivo pode ser um governo de elites, contanto que essas elites não exerçam o poder unicamente em função de suas qualidades de distinção (MANIN, 2018, p. 2)

Se os representantes legais são eleitos pela maioria, em condições de igualdade a todos através do voto, há um aspecto a ser levado em consideração: o governo da maioria termina por submeter os anseios de minorias, que não se sentem representadas e protegidas.

A concepção majoritarista de democracia, embora seja a mais benquista entre cientistas e filósofos políticos, Dworkin (2016a) acredita que seja deficiente. Por conta disso, precisa-se buscar um ideal democrático que mostre o verdadeiro valor da democracia, eis que um processo que permite que um grande número de pessoas imponha sua vontade a um número menor, não pode ter valor inerente. Assim, “o governo da maioria não é justo nem valioso em si. Só é justo e valioso quando atende a determinadas condições, entre elas as exigências de igualdade entre os participantes do processo político, por meio do qual se definirá a maioria” (2016a, p. 510). (VERBICARO, FADEL, 2019, p. 263)

Porém, este aspecto de questionar a representação, não se encontra somente nos anseios da minoria, assim como em muitos membros da própria maioria, que elegeu os representantes. Isto ocorre, em alguns casos, em virtude do segundo princípio a ser apontado por Manin (2018) dos representantes conservarem uma certa independência quanto aos eleitores. Isto quer dizer que mesmo que um determinado representante seja eleito por apenas um grupo, por exemplo, em virtude da sua campanha eleitoral em prol da liberação do aborto até a 12<sup>a</sup> (décima segunda) semana, ainda que ele não faça isto dentro do espaço de quatro ou oito anos, dependendo do caso específico, o eleitor não tem como retirá-lo do poder em virtude deste fato somente. O poder que ele tem é de não repetir o voto e o representante tem ciência disto.

Ao longo do século XVIII, firmou-se na Inglaterra a concepção de que os deputados representam o conjunto da nação, e não o distrito eleitoral específico que os elegeu. Os eleitores de cada distrito não estavam, portanto, autorizados a lhes dar "instruções" (Pote, 1983, p. 103). No início do século XIX, os radicais tentaram reintroduzir uma prática análoga à das instruções, exigindo dos candidatos "promessas" (pledges) e, após o First Reform Act, reivindicaram que a lei obrigasse ao cumprimento dessas promessas. O principal objetivo dos radicais era reduzir o tamanho dos mandatos parlamentares (que, desde o Septennial Act, de 1716, era de sete anos). Ao que parece, os radicais encaravam o sistema de pledges como um substituto vantajoso para mandatos parlamentares mais curtos (Gash, 1971, p. 30). De sua parte, Bentham

---

uma opinião possuem um talento que a maioria das pessoas que compartilham essa opinião não possui. (MANIN, 2016, p. 147-148)

(1983, vol. I, p. 26) mostrou-se particularmente contrário à prática das instruções: **o único mecanismo de influência dos eleitores sobre seus representantes deveria ser o direito de não os reeleger**. (MANIN, 2018, p. 3, grifo nosso)

Este é um dentre outros fatores que irá alterar a relação de confiança entre eleitores e eleitos, iniciando questionamentos em relação à ideia de representatividade e desta forma de governo, atingindo seu ápice após a segunda guerra mundial.

Um elemento importante a ser considerado são as inúmeras denúncias que afetam os políticos eleitos, fazendo com que o comportamento ético seja exaltado ao extremo como algo excepcional e digno de aplausos e não como algo normal e comum, tendo em vista o comportamento corriqueiro.

### 5.3.2. Debate sobre a representatividade

A ideia de representatividade política, da maneira como é entendida na atualidade, surge junto com o Estado moderno<sup>58</sup>. Com o crescer das comunidades, as formas de interação alteram-se, como já foi demonstrado antes, sendo necessário uma nova forma de organização política. Neste contexto, a ideia de representação política alcança um novo patamar, como é possível identificar a partir do trecho abaixo:

A representação política opera no (e deve referir-se ao) local em que as leis são feitas. Nesse sentido, acadêmicos e líderes políticos do século XVIII reconheceram que os modernos introduziram algo que os antigos não conheciam. Talvez a revolução constitucional inglesa do século XVII foi um passo importante na construção do governo representativo. A passagem da seleção para a eleição, ou o método de uma competição aberta para posições legislativas, foi um ponto de virada crucial na construção da representação política. O governo representativo exige ligar-se às eleições e pertencer ao poder legislativo. Juntos, esses dois elementos nos levam a afirmar que o governo representativo é o governo dos modernos, não o governo dos antigos. (URBINATI, 2016, p. 2)

O processo eleitoral permite aos indivíduos a escolha dos representantes, sendo o meio mais viável, dentro do contexto atual de seleção dos indivíduos que representarão os outros.

Contudo, o percurso entre a ideia de se sentir representado e a quebra desta envolve muitos fatores, pois a concepção inicial é que os representantes buscarão a realização do bem comum e que são mais capacitados para governar que o povo<sup>59</sup>, sendo uma das causas<sup>60</sup>

<sup>58</sup> É importante dizer que a ideia de representação é anterior ao estado moderno, sendo relatado no período medieval. Porém, não com o sentido que possui hoje em dia.

<sup>59</sup> Noção exposta por Montesquieu em *O Espírito das Leis*

<sup>60</sup> Ter cuidado e atenção nesta interpretação, pois, o que se quer dizer é que haveria pessoas que pensariam e tomariam atitudes não orientadas por desejos particulares e sim pela bem comum.

constantes da delegação de poderes a eles.

Também, primariamente, havia um viés ideológico que orientava a escolha dos candidatos, que era realizada com base no partido do qual faziam parte. Porém, talvez como um processo de adaptação a novos anseios sociais ou como uma consequência do enfraquecimento do ideário ideológico ou do combatismo dos partidos, houve a personalização/personificação das eleições na figura dos candidatos, propagando uma imagem que pudesse inspirar confiança nos eleitores.

Esta alteração no modelo como era observado antes trará muitas consequências, pois haverá um deslocamento nos critérios de escolha de um candidato, aumentando o foco não nas suas capacidades técnicas e sim na sua habilidade de lidar com os meios de comunicação.

Frequentemente se afirma que a representação política está passando por uma crise nos países ocidentais. Durante décadas, a representação parecia estar fundamentada em uma forte e estável relação de confiança entre o eleitorado e os partidos políticos; a grande maioria dos eleitores se identificava com um partido e a ele se mantinha fiel. Hoje, porém, o eleitorado tende a votar de modo diferente de uma eleição para a outra, e as pesquisas de opinião revelam que tem aumentado o número dos eleitores que não se identificam com partido algum. (...). No passado, os partidos propunham aos eleitores um programa político que se comprometiam a cumprir, caso chegassem ao poder. Hoje, **a estratégia eleitoral dos candidatos e dos partidos repousa, em vez disso, na construção de imagens vagas que projetam a personalidade dos líderes.** As preferências dos cidadãos acerca de questões políticas expressam-se cada vez mais frequentemente por intermédio das pesquisas de opinião e das organizações que visam fomentar um objetivo particular, mas não têm a intenção de se tornar governo. A eleição de representantes já não parece um meio pelo qual os cidadãos indicam as políticas que desejam ver executadas. Por último, a arena política vem sendo progressivamente dominada por fatores técnicos que os cidadãos não dominam. **Os políticos chegam ao poder por causa de suas aptidões e de sua experiência no uso dos meios de comunicação de massa, não porque estejam próximos ou se assemelhem aos seus eleitores. O abismo entre o governo e a sociedade, entre representantes e representados, parece estar aumentando.** (MANIN, 2018, p. 1, grifo nosso)

Todavia, apesar de por alguns momentos esta parecer ser a causa da crise, a concentração do processo eleitoral nos candidatos, este é somente um reflexo de um processo que se iniciou bem antes e que se tentou reverter dentro da democracia representativa. Então qual ou quais seriam as causas da decadência deste tipo de governo? E, o mais importante ainda para este trabalho, as consequências?

### 5.3.2. Crise do modelo

Ao continuar a discussão sobre a ideia de insuficiência deste modelo, torna-se necessário retomar à sua concepção, permitindo a identificação dos problemas, que não se relacionam somente com sua definição, mas com o contexto histórico vivenciado e as suas transformações

naturais, que exigem adaptações ou até mesmo, diante da quebra de paradigma, um novo modelo para substituir.

A democracia, segundo meu ponto de vista, é melhor entendida como um modelo para a organização do exercício público e coletivo do poder nas principais instituições de uma sociedade com base no princípio segundo o qual as decisões que atingem o bem estar de uma coletividade podem ser vistas como o resultado de um procedimento de deliberação livre e racional entre indivíduos considerados iguais política e moralmente. (BENHABIB, 2007, p. 48)

A ideia de igualdade relaciona-se ao acesso ao voto, ou seja, a possibilidade de escolha dos representantes, que deveriam, em tese, decidir de acordo com o bem estar da comunidade. Infelizmente, como já foi objeto de crítica anteriormente, há uma confusão entre a “coisa pública” e a “coisa privada”, que suscita questionamentos sobre qual a finalidade da eleição diante dos candidatos que obtiverem sucesso e se os próprios conhecem o significado real de “representação”<sup>61</sup>.

O debate sobre representação política cresceu enormemente em complexidade nas últimas décadas. Em 1967, quando publicou seu hoje clássico *The concept of representation*, que em grande medida assentou as bases da discussão, Hanna Pitkin podia desdenhar os modelos descritivos como ingênuos e afirmar a superioridade da representação “formalista”, baseada em autorização e *accountability*. **De lá para cá, a ausência de similaridade entre representantes e representados ganhou a dimensão de um problema político de primeira grandeza, ao mesmo tempo em que decaíram as esperanças nos mecanismos de *accountability* eleitoral como promotores da responsividade política** (MIGUEL, 2011, p. 25-26, grifo nosso)

Diante do narrado acima, em um cenário de instabilidade política, as eleições tornam-se fontes de desconfiança, fazendo com que muitos, diante dos resultados eleitorais, contestem a legitimidade destes, provocando uma situação de caos que cria um ambiente de insegurança social e, especificamente, judicial, como se terá a oportunidade de estudar posteriormente.

Porém, é indispensável observar que o contexto histórico também é uma das razões que contribuiu para a crise deste modelo, especialmente após a segunda guerra mundial, pois houve uma mudança na relação entre governantes e governados, surgindo questionamentos em torno da proteção ou violação dos direitos dos cidadãos, a exemplo de regimes totalitários que conseguiram arregimentar maiorias, em detrimento dos direitos das minorias

Os sistemas eleitorais proporcionais e majoritários são avaliados de acordo com sua capacidade de governabilidade e representação, medidos a partir da equivalência entre

---

<sup>61</sup> No último capítulo do livro de Bernard, lê-se que não é possível falar de uma crise de representação porque a representação foi desde a sua fundação instituída de modo a conter, em vez de implementar, a democracia. Como poderíamos exigir que nossos governantes ajam de uma certa maneira (no caso, democrática) para a qual não foram designados? Nesse sentido, seria fútil falar em uma “crise de representação”. No entanto, há momentos em que realmente sentimos um descompasso entre nós e nossos representantes – todavia, esta é somente uma opinião que, basicamente, está destinada a permanecer como tal. (URBINATE, 2016, p.148)

voto popular nos partidos em competição e a proporção de cadeiras no parlamento. Os sistemas que conseguem produzir maiorias são os que reduzem a representação das minorias, de modo que a governabilidade se torna um problema para o funcionamento do sistema. Sistemas autoritários conseguem produzir maiorias com facilidade, através da intimidação e da coação, mas **nos sistemas democráticos há de se lidar com mais vontades populares com liberdade de exposição.** (CARVALHO, 2016, p. 254-255, grifo nosso)

Quanto a este último aspecto, de expressão maior da vontade popular, pode-se visualizar no terceiro princípio identificado por Manin, denominado de “liberdade da opinião pública”. Embora os representantes tenham certa margem de discricção em suas ações, o povo, ou qualquer segmento da população, retém o direito de vocalizar suas opiniões e queixas para pressionar suas reivindicações sobre aqueles no cargo a qualquer momento. (MANIN, 2016, p. 146)

A opinião pública aqui referenciada relaciona-se ao sistema político, mas que se beneficia dos *media* para propagar suas ideias e tentar arregimentar apoio às suas demandas, dispondo de novos recursos para isto dentro de uma sociedade de informação<sup>62</sup>. Todavia, este é um aspecto não tão estruturado e organizado quanto à utilização destes meios pelos políticos.

O uso dos meios de informação para fins políticos tem se tornado cada vez mais recorrentes e uma importante arma utilizada dentro do confronto político: “A imprensa desempenha igualmente um papel nada negligenciável na produção de capital simbólico, isto é, do crédito social, que permite a certos indivíduos ocuparem posições de autoridade em determinados campos” (BOURDEIU, 1980, p. 203-204). Por isso, o jornalismo passou a ocupar um papel de grande relevância nos embates entre grupos que buscam autonomia dentro do campo democrático. (CARVALHO, 2016, p. 254)

Contudo, é crucial reforçar que os meios de comunicação, apesar de possuírem um papel fundamental na construção de um espaço democrático de deliberação, têm uma seletividade própria e um olhar particular sobre determinado fato, distorcendo em alguns casos, o que pretendia-se narrar como verdade.

Isto posto, após apresentar algumas das razões da contestação desta forma de governo, iniciar-se-á os estudos das consequências desta crise iniciada no sistema político, mas que repercute em todo o sistema social e seus subsistemas, evento este que suscitará irritações ou interferências nos outros subsistemas do qual é entorno.

---

<sup>62</sup> Há inúmeras teses, particularmente na área da comunicação, abordando esta temática na atualidade. Porém, apesar de mostrarem a importância deste novo recurso à disposição do público, demonstram uma preocupação com o filtro que deve ser aplicado ao que é informado e discussões que por vezes traduzem mais uma opinião do que uma convicção sobre o assunto em questão.

## 5.4-. DISCUSSÃO A RESPEITO DA EXPANSÃO DO PODER JUDICIÁRIO

### 5.4.1- Considerações iniciais

Os questionamentos em torno do sistema político e da legitimidade de seus representantes é um processo que começou há décadas, acirrando-se após a segunda guerra mundial e atingindo seu ápice neste momento, com processos de instabilidade política que não se desenvolvem somente no Brasil, mas que atingem vários países ao redor do mundo.

Após a década de 40, intensificou-se a busca por governos que pudessem proteger os direitos dos cidadãos, frente a um contexto de insegurança que havia se instalado diante das violações perpetradas pelo Estado Nazista. O caminho natural foi a busca por estados protecionistas e garantidores dos denominados direitos sociais, estabelecendo um retrato de estabilidade, onde antes havia incertezas. Contudo, este processo teve um custo, não somente econômico, mas da utilização de propaganda massiva para fornecer o que se objetivava alcançar naquele momento.

Portanto, como já havia acontecido anteriormente, os meios de comunicação foram utilizados a favor do governo e de quem estava no poder, tornando-se um aliado, especialmente em casos de concessões e subsídios garantidos pelo Estado a estes.

Com as transformações vivenciadas pela sociedade, sobretudo no aspecto comunicacional, certas características ganham destaque. A ideia de transparência, do fornecimento de informações a todo tempo e a necessidade de atrair o público, terminam por distorcer o jornalismo, em algumas situações, especificamente em um país que não possuiu um longo histórico de lutas em torno deste “poder”, como alguns denominam.

Ao lado disso, fortalece-se a interação entre a opinião pública política e a mediática, instalando um cenário de debate e de “alimentação recíproca”. Os *media* precisam da população, assim como esta precisa deles.

Os políticos que antes utilizavam os meios de comunicação como aliados observam a realidade mudar, diante de um quadro de crise econômica, de não crescimento do país, da escassez dos direitos básicos como saúde e educação, do acirramento de episódios de violência e principalmente, para este sistema, de denúncias envolvendo comportamentos antiéticos desta classe, como a utilização de dinheiro público para fins particulares, em um momento no qual se exigia transparência, probidade e responsabilidade.

A falta de confiança e de identificação do povo com seus representantes, que parecem não se importar com as dificuldades vivenciadas por ele, preocupando-se apenas com reformas que

os beneficiem ou aumentos salariais para esta classe, desembocam em uma cena de profundo descontentamento e desilusão. Em vista disso, busca-se uma instituição ou uma autoridade que possa ocupar o lugar do representante eleito que não goza mais do prestígio e da credibilidade que antes tinha. E, nesta procura, encontra-se o judiciário, promovido ao posto de “última esperança” da coletividade e a postos para ocupar este vazio deixado pelas insuficiências do sistema político.

A derrocada do homem democrático, portanto, caracteriza-se pelo exaurimento do imaginário formulado pelo tradicionalismo e também pela falta de prática em administrar a complexidade e a diversidade das sociedades democráticas contemporâneas. Nesse sentido, a busca por uma instituição identificadora transforma-se no maior projeto da coletividade desencantada, pois pretende-se a escolha daquele que assumirá o papel de guardião da moral pública no lugar da soberania popular que não encontra elos comuns para se sustentar. (VERBICARO, VERBICARO L. P., MACHADO, 2018, p. 194)

O judiciário, alçado a esta posição antes preenchida pelo legislativo e executivo, dá origem a um processo cada vez mais intenso de judicialização não somente da política, mas da sociedade como um todo. E, uma das primeiras consequências notadas é o aumento significativo da demanda do judiciário, solicitando parecer dos juízes, para situações que vão desde pedidos de internação de urgência a liberação do aborto até 12º semana. É isto que começar-se-á a estudar no momento.

#### **5.4.2. Judicialização da Sociedade**

Poder-se-ia, utilizando uma expressão de Ingeborg Maus (2000), dizer que esta sociedade se encontra “órfã” à procura de uma figura paterna, para preencher o espaço vazio deixado pelo homem político<sup>63</sup>. E o judiciário oferece-se para o preenchimento do cargo, especialmente de autoridade moral dentro deste novo cenário

Por conseguinte, dentro da estrutura estatal, resta ao Judiciário incorporar tal função, de modo que “os juízes são os últimos a preencher uma função de autoridade – clerical, quase que parental – abandonada pelos antigos titulares” (GARAPON, 2001, p.11). Percebe-se, dessa forma, um deslocamento gradual do espaço simbólico da democracia, que antes pertencia ao Estado, para a Justiça, uma vez que a posição de um terceiro imparcial compensa o “déficit democrático” marcado pela perda do espírito político e pela crise de desinteresse nas instituições. (VERBICARO, VERBICARO L. P., MACHADO, 2018, p. 194)

Com isto, há um aumento da demanda relacionada ao poder judiciário. Este acréscimo

---

<sup>63</sup> Executivo e Legislativo.

não envolve apenas um maior número de conflitos, surgidos de uma realidade social mais precária<sup>64</sup>, mas temáticas em que não se recorria frequentemente ao judiciário antes, como garantia de matrícula em escolas e creches públicas ou de atendimento médico ou tratamentos desta natureza. Matérias<sup>65</sup> que geralmente restringiam-se à esfera administrativa, mas que hoje constituem um grande número de ações em tribunais. “Os juízes são chamados a se manifestar em um número de setores da vida social cada dia mais extenso”. (GARAPON, 2001, p. 24)

Dessa maneira “a demanda da justiça vem do desamparo da política, o direito tornando-se a última moral comum em uma sociedade que não mais a possui”. (GARAPON, 2001, p. 15). Neste caso, com base na teoria sistêmica, um evento externo ao sistema jurídico, presente no entorno, provoca reverberações dentro do sistema, assimilando este aumento de demanda a partir de elementos internos, ou seja, do direito, obrigando-se a dar um resultado. Não obstante, estas interferências são sentidas no âmago do sistema<sup>66</sup>, como se discorrerá melhor no próximo capítulo.

Quanto menos o direito for assegurado, mais a sociedade é forçada a tornar-se jurídica (GARAPON, 2001, P. 15). Tendo o processo de desamparo como causa direta da judicialização da sociedade é necessário ter em mente que, diante da divisão de poderes e suas respectivas independências, há funções que não pertencem, primariamente, ao sistema jurídico, mas que se constituem diante da inércia de outros sistemas, especificamente o legislar, diante do silêncio da lei ou do legislativo e da obrigatoriedade de trazer uma solução ao caso, diante da ótica da teoria sistêmica. .

Inicialmente, poderia se pensar que isto é um benefício, uma maior proteção ao cidadão por meio da justiça. Contudo, o funcionamento incorreto de um sistema produz imprevisibilidade e violações, particularmente no tocante à possibilidade de elementos externos ao sistema jurídico impactarem no resultado de decisões ou alterarem a ótica de interpretação da lei pelo magistrado.

Isto faz com que, nas palavras de Ran Hirschl (2006, p.145), na maioria das democracias constitucionais de hoje se tenha uma verdadeira configuração de um “governo de juízes”, no qual, os tribunais acabam assumindo plurais funções: política,

---

<sup>64</sup> Num contexto de crise do Estado social, o Judiciário ganha uma função especial de guardião da legalidade e da moralidade das eleições e do controle das políticas públicas. (CAMPILONGO, 2002, p. 108)

<sup>65</sup> Nestes casos específicos, observa-se mais atentamente o judiciário preenchendo uma função que não era primariamente sua de garantias dos direitos sociais.

<sup>66</sup> Grande parte dos atuais problemas levantados pela sociologia jurídica – **sobrecarga e lentidão dos tribunais, incompatibilidade entre os ritmos do processo judicial e da economia, juridificação das relações sociais e formas estatais de direito, dentre outros** – pode ser reexaminada à luz dessa perspectiva. (CAMPILONGO, 2002, p. 163, grifo nosso)

instrumental, mas neste ponto em particular, a simbólica, por meio da qual será sopesada a maior ou menor legitimidade do Poder Judiciário perante a sociedade (VERBICARO, L.P., 2017, p. 82-88)

Além disso, apesar de estar previsto legalmente, muitos contestam a função de estabelecer o direito do poder judiciário, em particular em casos em que a opinião pública se manifesta majoritariamente contra, argumentando que eles não foram escolhidos por um processo eleitoral, nomeadamente o STF, objeto de análise através do estudo das decisões judiciais. Porém, nesse interim, é possível identificar que em alguns casos, os representantes eleitos se escusam de legislar sobre temas controvertidos, delegando ao legislativo, diante de provocação, discorrer sobre o assunto.

Porém, o que garantirá que, diante de um determinado posicionamento os cidadãos não contestariam, argumentando que aquela decisão não expressa a vontade da maioria, pois faltaria, no ver de alguns, a representatividade que se espera para o legislar?

#### **5.4.3. Papel do juiz em um momento de crise da democracia representativa**

A expansão do judiciário, acompanhado da judicialização da sociedade corrobora com o processo de ascensão do juiz ao papel de herói e salvador, aquele que veio, diante da derrocada do homem democrático, garantir que os direitos dos cidadãos não caíssem em esquecimento.

Talvez, se observarmos mais detalhadamente, pode-se traçar um paralelo ao que ocorreu com a democracia representativa, em que, diante da crise, durante os períodos eleitorais, dirigiu-se a atenção para os candidatos, e, por vezes, a algumas características que não tinham nenhuma relação com o “governar”.

Da mesma maneira, visualiza-se o juiz, por vezes, não como um elemento do sistema judiciário e sim como um personagem autônomo e independente deste, um “protagonista”, que possui, por simbologia, um comportamento moral irrefutável, o que asseguraria a ele a denominação de “bastião da moralidade”. Na visão da sociedade, “o juiz passa a ser o último guardião de promessas tanto para o sujeito como para a comunidade política” (GARAPON, 2001, p. 27)

Com o deslocamento do homem político para o homem jurídico, surge um questionamento ou talvez um prenúncio: “Como evitar que o bem comum da justiça seja desviado por uma nova casta de assessores tão ameaçadora para a democracia quanto os burocratas de ontem?” (GARAPON, 2001, p. 56). Corroborando este questionamento,

Montesquieu retrata, em o *Espírito das leis*, a situação da magistratura romana:

**Em toda magistratura, deve-se compensar a grandeza de seu poder pela brevidade de sua duração. Um ano é o tempo que a maioria dos legisladores fixou; um tempo mais longo seria perigoso**, um tempo mais curto seria contrário à natureza da coisa. Quem gostaria de governar desta forma seus negócios domésticos? Em Ragusa, o chefe da república muda todos os meses; os outros oficiais, todas as semanas; o governador do castelo, todos os dias. (MONTESQUIEU, 2001, p. 10, grifo nosso)

Ao expor sua preocupação com a “grandeza do poder do juiz” antevê o que hoje, de maneira diversa, continua a ser objeto de certa apreensão, por meio de outra denominação, mais adequada ao contexto histórico presente: a discricionariedade do juiz. Como exemplo, os argumentos extrajurídicos utilizados pelos ministros do STF, expostos no capítulo anterior, já produzem inquietação em alguns juristas, apesar da exigência da vinculação ao direito para decidir.

“Na tarefa de dizer o direito, o julgador lança mão da argumentação, representando a fundamentação lógica com função de formular um entendimento adequado das regras do direito objetivo que foram aplicadas no caso. Assim, garante-se a validade e aceitação da sentença.” (CAPPELLETTI, 1999, p. 78)

Talvez este fato se torne mais intenso diante do contexto em que se edificou. "O juiz surge como um recurso contra a implosão das sociedades democráticas que não conseguem administrar de outra forma a complexidade que elas mesmas geraram". (GARAPON, 2011, p. 27)

E, alguns, beneficiando-se deste cenário, aproveitam para se autopromover, através não somente de ações que não se identificam com o ato de julgar, como do próprio texto da decisão judicial em que, por vezes, exaltam “sua coragem”, ao decidir de uma determinada forma, ou contam um pouco de seu histórico, que não guarda nenhuma relação com o caso em julgamento, mas com o fim de exaltar sua trajetória.

Ademais, existe no ativismo o desvio populista que leva os juízes a tentarem justificar seu suposto papel representativo como legítimo – além de reclamarem de um status privilegiado –, em virtude de se perceberem como interlocutores e, praticamente, anjos da soberania popular até então defasada e em vias de extinção. (VERBICARO, VERBICARO.L.P, MACHADO, 2018, p. 198)

Este fenômeno, denominado de populismo judicial, constitui a aplicação do populismo, originário do ambiente político, e que se referia a um comportamento dos representantes políticos, para o judiciário, na figura dos magistrados. Dentro da cena político, busca-se o apoio popular através de técnicas paternalistas. Dentro do judiciário os magistrados, com base em um pretenso apoio popular, atuam para além do Direito em nome do interesse público.

A populisprudência sintoniza sua antena na opinião pública e no humor coletivo e “transcende” a lei quando esta não estiver afinada com uma causa maior. Convoca apoiadores e lhes agradece publicamente pela mobilização em defesa da “causa”. Adere à cultura de celebridade, aceita prêmios em cerimônias chiques, tanto faz quem as organize ou quem sejam seus companheiros de palco. Frequenta gabinetes políticos e a imprensa, onde opina sobre a conjuntura política, alerta sobre decisões que poderá tomar em casos futuros e ataca juízes não aliados à “missão”. A populisprudência é televisionada e tuitada, não está só nos autos. (MENDES, 2018, sp)

O “atuar para além do Direito em nome do interesse público” traz um grau de imprevisibilidade imenso, que ainda é favorecido dentro de esferas como a do direito processual penal, em virtude de termos vagos e indefinidos a exemplo da “garantia da ordem pública” como razão para prender preventivamente.

Normalmente, o que se percebe dentro desse cenário são juízes (in) voluntariamente buscando se destacar dos demais. Para tanto, recorrem ao que Garapon (2001, p.63) denominou de “aceleradores de carreira”, ou seja, casos emblemáticos ou cargos políticos administrativos que levam os magistrados a se destacarem não profissionalmente pela jurisdição, mas pela autopromoção, **esta acarretando um número preocupante e cada vez mais expressivo de decisões judiciais que não estão amparadas em princípios jurídicos, mas sim em fundamentos políticos capazes de agradar peculiares segmentos que os mantêm protegidos contra qualquer relevante reprimenda** (VERBICARO, VERBICARO.L.P, MACHADO, 2018, p. 197-198, grifo nosso)

Em vista disso, observa-se o sistema judiciário utilizando elementos que estão fora do código binário direito e não direito, demonstrando que há algo errado no seu funcionamento, uma vez que, com base na leitura luhmanniana, o sistema atua somente com elementos próprios, ainda que exista um evento externo, no entorno.

Por conseguinte, diante da espetacularização da figura do juiz, do não observar a lei, do decidir sem possuir qualquer elemento intrínseco ao sistema do direito, o grau de imprevisibilidade torna-se insuportável para a sociedade, que clamava anteriormente por ver seus pedidos atendidos e que confiou fielmente no juiz como “guardião” da lei. E, com base nesta última expressão adotada por Garapon (2001) para o juiz, torna-se bastante pertinente repetir o final do conto A Cidade (disposto no primeiro capítulo da tese)

“o comandante que lhe pergunta se podia imaginar porque aquele homem estava pendurado daquela forma. O jovem responde: “Porque é um prisioneiro”. “Não”, retruca o comandante, “ele é um guardião”. Ameaçadoramente, o comandante pergunta-lhe se ele podia imaginar porque o havia pendurado. “Não”, respondeu o jovem. O comandante, então, explicou: **“porque ele tinha a ilusão de não ser guardião”**. “E o que ele pensava ser?”, perguntou o jovem. **“Pensava ser um prisioneiro”**, disse o comandante. (GIORGI, 1998, p.150/151, grifo nosso)

Em vista disso, em um quadro de distorção de funções e da utilização de argumentos extrajurídicos o resultado pode ser qualquer um, pois o magistrado não compreende mais a sua função dentro do sistema judiciário, não percebe mais quem é.

#### 5.4.4. Perigos do controle judicial

Quando o homem jurídico ocupa o lugar deixado vago pelo homem político, a primeira impressão é de proteção e garantia de direitos, em uma sociedade que encontrava-se ao desamparo. Tendo isto em vista, o processo natural foi o aumento das demandas judiciais e a ascensão do juiz ao posto de “bastião da moralidade”, de quem se espera um comportamento ético, probo e conforme às leis, pensando no bem estar da coletividade, situação que não mais ocorria no âmbito político, uma vez que, como expõe Shapiro (1999) “política é sobre interesses e poder”.

Desse modo, a judicialização da sociedade é um caminho inevitável, uma vez que se recorre ao judiciário frequentemente e, dentro de uma sociedade mediatizada, a exploração de questões envolvendo o judiciário nos meios de comunicação torna-se recorrente.

Porém, “quando a Justiça ascende ela própria à condição de mais alta instância moral da sociedade, passa a escapar de qualquer mecanismo de controle social — controle ao qual normalmente se deve subordinar toda instituição do Estado em uma forma de organização política democrática”. (MAUS, 2000, p. 187) Assim, o que parecia inicialmente uma evolução começa a ganhar contornos semelhantes a do homem político antes na posição mais alta, uma vez que, especialmente quanto ao STF, os magistrados encontram-se em uma posição muito confortável quanto à fiscalização e o controle externo.

Visualizando esta situação com muita clareza, Maus (2000) pergunta: “não será a Justiça em sua atual conformação, além de substituta do imperador, o próprio monarca substituído?”

Portanto, o que está oculto na imagem de garantidora de direitos? Talvez, como expõe novamente Maus (2000) em seu texto: “por trás de generosas ideias de garantia judicial de liberdades e da principiologia da interpretação constitucional podem esconder-se a vontade de domínio, a irracionalidade e o arbítrio cerceador da autonomia dos indivíduos e da soberania popular, constituindo-se como obstáculo a uma política constitucional libertadora.”

Esta é uma análise que se fez da atuação do Tribunal Federal Constitucional da Alemanha no pós segunda guerra mundial, mas que é perfeitamente aplicável à realidade atual brasileira (guardadas as devidas diferenças quanto ao contexto histórico de violações), por isso: “Sobre a atividade judicial dos tribunais constitucionais que se desenvolveu em tal cenário paira pois a suspeita de servir à expansão do poder autocrático, sem que formas equivalentes de controle tenham sido desenvolvidas”. (MAUS, 2000, p. 184)

A inexistência de um controle externo ao STF tem criado situações de distorção do funcionamento do sistema judiciário, provocando resultados, na interpretação da lei, que fogem do âmbito jurídico e constitucional e que se adequam mais aos interesses políticos e à pressão mediática e popular.

Isto pode parecer de certa forma “injusto” ou “mau”, contudo as decisões dos tribunais não são proferidas, ou não deveriam sê-lo, para atender aos anseios de uma população descrente, ao político que deseja permanecer no poder, ou à credibilidade do poder judiciário questionada pelos meios de comunicação. Elas nem deveriam ser classificadas a partir de ideais de justo/injusto ou de bom/mau. Deveriam ser entendidas apenas como jurídicas ou não jurídicas, legais ou ilegais, pois em torno disto que gravita o sistema jurídico.

#### 5.4.5. Abordagem mediática do Poder Judicial

Há dois aspectos que devem ser analisados quando se discorre a respeito da exposição mediática do poder judiciário: o primeiro relaciona-se ao uso pelo poder judiciário dos meios de comunicação a fim de dar transparência aos seus atos e o outro relaciona-se a abordagem dos *media* sobre os atos judiciais e magistrados.

##### 5.4.5.1. Poder judiciário e os meios de comunicação

O uso dos meios de comunicação para dar publicidade aos seus atos não é algo novo dentro do Estado. Ao longo da história, e mais especificamente na atualidade, em virtude dos avanços tecnológicos, e da necessidade de tentar criar uma ideia de proximidade com o público, investiu-se cada vez mais neste recurso.

Verifica-se ainda o emprego deste para publicizar os atos estatais quanto ao aspecto da transparência, de uma prestação de contas ou *accountability*, que é um meio de controle popular e que se beneficia de uma boa relação entre representados e meios de comunicação.

Apesar do pensamento elitista, o sistema democrático representativo possui mecanismos de controle popular, o que em certa medida configuraria uma participação. A chamada *accountability* tem um papel fundamental na conscientização das esferas públicas quanto às suas obrigações e às responsabilidades de seus atos. Há duas dimensões para essa responsabilidade: a primeira se refere a um controle a ser feito sobre o poder (horizontal) e a segunda, à prestação de contas e a submissão à população (vertical). **O bom funcionamento da *accountability* exige uma permanente interlocução entre representantes e representados, no qual a mídia teria um papel fundamental.** (CARVALHO, 2016, p. 255- grifo nosso)

Mais recentemente, diante do movimento de ativismo e do populismo judicial, verificou-se a utilização dos *media* dentro de um campo diferente que é a transmissão dos julgamentos em tv aberta, e em sites da internet, em particular do STF, ainda que não sejam casos de grande repercussão, isto é, aqueles em que há uma intensa atração do público quanto a matéria, especificamente aqueles que envolvem Direito Penal.

Quanto ao STF, este inovou quanto às transmissões ao vivo em comparação aos outros tribunais constitucionais ao redor do mundo. No ano de 2002, tornou-se o primeiro a transmitir suas deliberações ao vivo pela televisão. “Não foi o primeiro a permitir câmeras em seu ambiente - a Suprema Corte do Canadá permite televisionar sustentações orais desde 1997, informa -, "mas foi o primeiro e permanece o único a permitir a transmissão ao vivo das deliberações entre juízes"”. (LOPES, 2017, sp)

Talvez a conclusão normal da transmissão, é que as sentenças e os votos não tivessem qualquer alteração, uma vez que não houve modificação na regra técnica ou na legislação concernente a isso, apenas a aplicação de um instrumento para, possivelmente, legitimar os atos do judiciário. Porém, observou-se um comportamento diferente, destacado pelo ministro Barroso e, a seguir, por Felipe de Mendonça Lopes em uma tese de doutorado da FGV.

A segunda peculiaridade é a transmissão ao vivo, em TV aberta, tanto das sustentações orais (*hearings*) como dos debates e a deliberação entre os ministros (o que nos Estados Unidos e na maior parte do mundo é feito em conferência interna) e a proclamação dos votos. Embora seja um tanto atípico, é da tradição brasileira que os julgamentos, incluindo a fase dos debates e da deliberação, sejam públicos. O que há de muito particular em relação ao Supremo Tribunal Federal é a transmissão ao vivo pela televisão (e simultaneamente pelo canal do Tribunal no *youtube*). Há muitos críticos desse modelo, **sob o fundamento de que a visibilidade dificulta a construção de consensos e traz o risco de politização indevida, na medida em que os ministros, de certa forma, podem ser influenciados pela opinião pública.** Na prática, **um dos maiores problemas foi que os votos se tornaram mais longos, conforme constatado em pesquisa empírica feita em trabalho de doutorado do qual sou orientador.** (BARROSO, s/a.,p. 3 -4, grifo nosso)

Barroso destaca dois pontos no trecho citado acima. O primeiro diz respeito à tese de que a visibilidade dificulta a construção de consensos pela possível influência da opinião pública. Quanto a isto é necessário observar alguns aspectos, até de certa forma preocupantes, e que serão ainda discutidos no capítulo a seguir.

Inicialmente, é contundente dizer que a transparência proporcionada através das transmissões deveria auxiliar o processo de proferimento de decisões, tornando acessível a todos o teor do que é dito no texto judicial. Ao lado disso, o posicionar-se segundo a lei não está sujeito a transmissão ou não dos julgamentos, e sim aos elementos dispostos dentro do

sistema jurídico e dentro do estado de direito.

Portanto, volta-se a repetir, por considerar de profunda importância dentro de um Estado em que preza pelos valores de segurança jurídica, de previsibilidade do decidir e especialmente a vinculação aos elementos pertencentes ao sistema jurídico, a interpretação legal não pode estar atrelada a elementos subjetivos, que nada tem a ver com a legislação.

Dessa maneira, os ministros não poderiam se sentir pressionados de nenhuma forma a buscar um consenso ou não diante do que não está disposto em lei. Além disso, o que foi objeto de crítica pelo ex-ministro do STF Eros Grau<sup>67</sup>, a transmissão serve para conhecimentos dos fundamentos da decisão judicial, princípio constitucionalmente previsto, e não para a criação de um “espetáculo” em torno disto. O único “auditório” deve ser o cumprimento da lei e não, possivelmente, o telespectador que acompanha a exibição televisiva de sua casa.

Um outro ponto a se observar, e que foi objeto de estudo por Lopes em sua tese<sup>68</sup> foi o fato de os votos dos ministros terem se tornado mais longos após 2002.

Lopes (2017) analisou em sua tese 15 (quinze) mil votos ou 1.680 (um mil e seiscentos e oitenta votos, disponíveis no site do STF, tendo como foco da sua pesquisa a extensão do voto de cada ministro ao longo do tempo, sobre os quais aplicou métodos econométricos<sup>69</sup>. A partir disso identificou que após 2002, os votos dos ministros têm aproximadamente 26 (vinte e seis) páginas a mais em relação ao período anterior, tendo este aumento uma relação direta não com a mudança de governos ou a alternância de partidos no poder e sim com a transmissão dos julgamentos pela Tv Justiça.

"A beleza da estatística permitiu distinguir entre características pessoais dos ministros e efeitos provocados pela televisão" (...). "O resultado é forte o suficiente para ter a certeza de que as mudanças não foram causadas pelas alterações na composição da Corte." (...)

"A pesquisa mostrou que houve mudanças significativas no comportamento dos juízes do STF"(...). "Como políticos, os ministros usam a televisão como publicidade

---

<sup>67</sup> Segundo entrevista realizada para o jornal Estado de São Paulo, Eros Graus lembrou de um episódio que considera “emblemático” dessa espetacularização. Um dia de sessão no plenário, algum magistrado falava sem parar, quando foi interrompido pelo então ministro Nelson Jobim: “Já entendemos o que o senhor quer dizer. Está claro”. Em resposta, o tal ministro disse: “Não estou falando para os senhores”. Estava claro, para Eros, que o colega falava para os telespectadores.

Questionado se a TV Justiça não traz transparência à população do que se passa na Corte, Eros é enfático: “**Os tribunais não têm de ser transparentes, têm de aplicar a lei**””. (site, 2017, s/p, grifo nosso)

Somente quanto este último comentário destacado da fala de Eros Grau, é necessário que se diga que os tribunais devem ser transparentes pois isto está determinado em lei.

<sup>68</sup> Tese de doutorado de Felipe Mendonça Lopes, disponível em biblioteca digital da Fundação Getúlio Vargas.

<sup>69</sup>

gratuita e procuram maximizar sua exposição escrevendo votos mais longos - lidos em voz alta nas sessões - e se envolvendo em discussão mais longa com seus pares." Um deles, conhecido como "diferenças-em-diferenças", possibilita identificar se um determinado evento - a criação da TV Justiça, no caso - pode ou não ter um efeito causal sobre o objeto em estudo, o comportamento dos ministros do Supremo. (LOPES, 2017)

#### 5.4.5.2. Meios de comunicação e Poder judiciário

Como pode se observar acima, as irritações entre dois diferentes sistemas, ou melhor, de eventos do entorno no sistema a ser considerado podem dar-se constantemente, produzindo, em alguns casos, além das irritações comuns em virtude da interdependência entre eles, interferências que podem modificar a sua forma de operar, se não forem lidas sobre o código binário do próprio sistema.

Quando se fala sobre a visibilidade aplicada aos tribunais e aos atos judiciais dos magistrados, aquela deve ser compreendida a partir dos artigos legais em que se fala sobre a motivação judicial, o acesso a todos e a transparência nos atos. Esta é a forma que se adequa ao binômio presente dentro do sistema jurídico e que só pode ser analisada com base em elementos intrínsecos a este sistema.

Porém, quando os *media* abordam o sistema do direito, ou especificamente o subsistema judiciário, o olhar é diferente, pois os elementos que os norteiam são diversos e, conseqüentemente, o sentido também.

Uma diferença a ser apontada diz respeito a linguagem que é utilizada. Os meios de comunicação, que possuem como binômio informação/não informação procuram utilizar uma linguagem mais acessível que pode ser mais bem compreendida pela coletividade. Ao lado disso, a informação deve ser fornecida o mais rapidamente possível sob o risco de perder o seu "valor informativo". O judiciário trabalha com a lei, ou seja, com a observância do processo legal, logo, preocupa-se com os prazos dispostos na legislação, mas não com uma velocidade maior a ser aplicada a eles, sob o risco de violação do devido processo legal, por exemplo.

A população, muitas vezes, não possui um conhecimento técnico para compreender estas diferenças, pressionando que os magistrados profiram mais velozmente suas decisões, e que estas estejam relacionadas à valores considerados dentro de um conhecimento comum.

Assim sendo, classificam os atos dos juízes em bons ou maus, justos ou injustos, céleres ou morosos. É necessário que se diga, reforçando a diferenciação entre eles, que a noção de célere e moroso é diversa para cada um dos sistemas. O que pode ser extremamente célere para

o judiciário, pode ser considerado moroso para sistema mediático.

Dito isto, fica mais claro ainda compreender que a opinião pública, como “auditório”, não pode ser referencial para se decidir algo, pois está fora do sistema jurídico e se guia por outros elementos.

À vista da maior visibilidade e “transparência” sobre o que ocorre no Sistema judiciário, do acesso à informações de casos, como laudos, suspeitos, informações pessoais, forma-se um tribunal, fora do tribunal, ocorrendo um julgamento nas ruas, primeiramente, sendo conduzido por vezes através da seletividade das informações repassadas a todos, uma vez que não é tudo o que ocorre na sociedade que é noticiado.

Desse modo, torna-se ainda mais perigoso seguir uma pressão da opinião pública, evento que se localiza no entorno do sistema judiciário, sem fazer parte dele, ou seja, somente os elementos jurídicos pertencem a este subsistema e podem orientar o resultado de uma decisão do magistrado.

Expressões como “credibilidade do poder judiciário” nunca podem ser utilizadas como razão para decidir, pois não são inerentes ao direito.

## 6. ACOPLAMENTO OU CORRUPÇÃO INTRASISTÊMICA

### 6.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS

Ao longo deste trabalho, procurou-se mostrar a relação entre dois sistemas parciais, quais sejam: o Judiciário e o Mediático, tentando compreender mais profundamente de que maneira o primeiro reage à ocorrência de eventos no seu ambiente.

Verificou-se que a produção de eventos no ambiente dos sistemas é algo normal e que auxilia, muitas vezes, na reprodução dos próprios sistemas, uma vez que estes são incentivados a se adequarem a estímulos externos, autorreproduzindo-se, segundo seus códigos particulares.

Como já foi mostrado antes, o ambiente é tão essencial quanto o sistema, lembrando que o que constitui a teoria dos sistemas é a diferenciação entre sistema e ambiente, que se reproduz internamente no sistema. Então, para o sistema jurídico, o sistema mediático é tão essencial quanto a própria ideia de direito e dos elementos intrínsecos a ele, pois constitui o ambiente.

Quanto ao sistema mediático, o sistema jurídico que se localiza no ambiente é fundamental. Isto quer dizer que apesar de existirem isoladamente, o que favorece a sua reprodução é o contato com o ambiente e com os elementos externos a ele, sendo traduzidos para a sua linguagem, incorporando as suas características e, especialmente, assumindo as suas funções.

Na sociedade há vários subsistemas uma vez que, diante da complexidade e da seleção, há uma especialização e o estabelecimento de expectativas normativas a serem cumpridas, que estão de acordo com a função destes subsistemas.

Lembrem-se que uma das ideias iniciais deste trabalho, com base na teoria luhmanniana, é que o funcionamento da sociedade estaria comprometido se não houvesse uma ordem ou uma estruturação da complexidade. Então, a operacionalização desta está relacionada não apenas à existência de um código binário em cada um dos subsistemas, seguindo a função característica deles, mas também à diferença que estabelece com o ambiente, reproduzindo esta internamente e, por consequência, a sua *autopoiese*.

Em alguns momentos, é possível perceber que há uma interferência proveniente do ambiente. Com base nisso, há possibilidade de alguns resultados: o de que o evento externo estimule a autorreprodução do sistema, o do acoplamento estrutural e o da corrupção intrassistêmica.

Há casos dentro do sistema jurídico e político, sistema jurídico e mediático, além do sistema mediático e político, nos quais verifica-se a presença do acoplamento estrutural, ou seja, o mesmo objeto constituindo dois sistemas diversos, assumindo um significado em cada um, a exemplo da Constituição Federal, do direito à informação e da opinião pública, respectivamente.

Os meios de comunicação de massa sempre mantiveram uma relação curiosa com o direito. Vários aspectos da atividade da mídia estão coligados a conceitos jurídicos importantes. **A liberdade de expressão, o direito de informar e o direito de ser informado, por exemplo são garantias jurídicas fundamentais para os meios de comunicação.** (CAMPILONGO, 2011, p. 159, grifo nosso)

O direito à informação aplica-se tanto dentro do binômio informação e não informação, como dentro do código direito e não direito. E, além deste caso de acoplamento estrutural, como se pode constatar através da leitura dos capítulos, o sistema jurídico e o mediático frequentemente irritam-se dentro do contexto de sistema e ambiente.

## 6.2. ACOPLAMENTO ESTRUTURAL

À luz do exposto, em especial no quarto capítulo, em que se visualiza alguns trechos de decisões judiciais e argumentos utilizados para decidir, identificou-se que a opinião pública, a vontade do povo, e outras variações fazem-se presentes em decisões do STF. Tendo isto em vista, buscou-se identificar um acoplamento neste caso, verificando se a partir desta constante irritação, o evento “opinião pública” presente no ambiente havia sido incorporado ao sistema jurídico, constituindo um significado particular. Retomando, destarte, este conceito, expõe-se que:

Quando há um acoplamento estrutural, o processo comunicativo de um sistema aparece no outro não apenas como uma perturbação, mas também como uma ferramenta auxiliar de funcionamento das operações: seu significado, no entanto, vai ser construído apenas dentro do próprio sistema em que foi realizado o processo comunicativo, de forma independente do significado que tinha naquele sistema original (NEVES, 2005, p. 53)

Portanto, para que houvesse o reconhecimento deste fenômeno, seria necessário que a vontade do povo estivesse inserida dentro do sistema jurídico, orientada pelo código binário direito e não direito.

Porém, não foi possível identificar igual acontecimento entre o sistema mediático e o jurídico, sendo que em todos os casos citados (decisões) a opinião pública ora assume o significado dos *media*, ora assume o significado político.

E é interessante verificar que apesar do sistema judiciário atrair cada vez mais a atenção do público, por algumas das questões já expostas, como a crise da democracia representativa e a ascensão do homem jurídico no lugar do homem político, este “auditório” (povo) não é capaz de garantir certeza, não sendo selecionado pelo sistema.

Assim sendo, diante da exclusão desta possibilidade, faz-se necessário identificar qual a consequência para o sistema jurídico da irritação proveniente do sistema mediático.

### 6.3. SISTEMA JUDICIÁRIO SOB ANÁLISE: O ESTUDO DOS EFEITOS DAS IRRITAÇÕES PROVENIENTES DO SISTEMA MEDIÁTICO NESTE SISTEMA

#### 6.3.1. Delimitação do objeto

Ao começar, é importante destacar que dentro do sistema jurídico, como forma de delimitação da temática, optou-se por fazer um estudo da interferência sob o subsistema judiciário, ou seja, aquele que tem como função a aplicação das leis e resolução de conflitos, relacionando-se intrinsecamente aos tribunais. É manifesto que se discorreu neste trabalho sobre o sistema jurídico, buscando compreender seus elementos, código binário e a sua forma de operar, pois este embasamento é fundamental para o entendimento do judiciário e da hipótese que se objetiva esclarecer quanto à interferência de outro sistema no funcionamento dele. Todavia, deter-se-á mais profundamente no subsistema judiciário, analisando de que forma ele reage aos eventos presentes em seu ambiente.

O propósito é apurar se há uma irritação comum que será assimilada pelo sistema ou uma corrupção intrassistêmica diante desta interferência. Por conseguinte, já tendo uma compreensão dos conceitos de irritação e corrupção intrassistêmica pois já foram objeto de estudo no terceiro capítulo desta tese, passar-se-á para a metodologia adotada e os pontos a serem destacados neste tópico.

#### 6.3.2. Operações do sistema judiciário e irritação

O sistema judiciário possui em seu âmago a aplicação da lei através das decisões judiciais. Na presente tese, fez-se um recorte, optando-se por analisar algumas decisões provenientes do Supremo Tribunal Federal. Aquele justifica-se em virtude das matérias discutidas nesta corte, pela sua composição singular em relação às outras cortes do país, além da visibilidade a que

está submetida em âmbito nacional e não somente regional e estadual.

Dentro desta opção metodológica, pode-se destacar alguns pontos que comprovam a interferência do sistema mediático sobre o sistema judiciário. Após a apresentação destes, verificar-se-á se houve modificação na forma de funcionamento do sistema, diante desta irritação, atingindo a operatividade deste.

Citar-se-ão alguns pontos para, após isto, analisar de que forma o evento externo está sendo lido dentro do sistema jurídico.

#### 6.3.2.1. Argumentação

No capítulo quarto desta tese houve a oportunidade de visualizar alguns trechos extraídos de decisões judiciais referentes a diferentes temáticas. Naquelas, foi possível observar um ponto em comum, qual seja, a presença de elementos estranhos ao direito no seu corpo. Em alguns casos, sobrepondo-se à aplicação dos elementos jurídicos.

Elementos como “credibilidade do poder judiciário”, “coragem do magistrado ao proferir determinado voto”, “opinião pública”, foram alguns dos citados, para fundamentar suas decisões e justificar seus posicionamentos. É imprescindível que se diga que estes não são elementos presentes dentro do sistema jurídico, não podendo, segundo a teoria dos sistemas, embasar as decisões do magistrado, uma vez que a certeza do sistema e a sua consequente previsibilidade envolve o cumprir o direito, qual seja, o positivo, os princípios e a jurisprudência.

#### 6.3.2.2. Extensão das decisões judiciais

Este é um dado particularmente interessante destacado por Lopes (2017). Houve o crescimento do número de páginas dos votos a partir da exibição, em 2002, dos julgamentos do STF na TV Justiça. Este fato poderia conduzir a duas conclusões distintas. A primeira é a de que os ministros, possivelmente preocupados com a exibição destes julgamentos e pretendendo proporcionar o acesso a todos, buscaram explicitar mais detalhadamente as suas razões para decidir de uma determinada forma. E a segunda é a de que, diante da exibição televisiva, procuram estar mais tempo sob os holofotes, alimentando um comportamento que nada tem a ver com o jurídico. Em qualquer dos casos, uma consequência que poderia ser destacada diz respeito à eficiência desta corte, ou seja, o maior tempo que é preciso para julgar tendo em vista

o tempo dispendido para redigir votos mais longos.

#### 6.3.2.3. Interpretação

A interpretação é uma das atividades que mais gera discussões na atualidade, especialmente em casos nos quais o texto da lei apresenta uma certa ambiguidade, levando com que os magistrados, em regra, adotem diferentes linhas interpretativas na sua análise e conclusão.

Todavia, uma outra questão que se apresenta, atinge especificamente o julgado discutido parcialmente no capítulo terceiro desta tese, que ocorre quando o texto legal aparenta uma indiscutível clareza, segundo o posicionamento de alguns ministros, que não compreendem o porquê da dificuldade de aplicá-lo conforme está disposto.

#### 6.3.2.4. Crise da democracia representativa

A crise da democracia representativa e a decadência do homem político alçou o judiciário ao posto mais elevado da sociedade, “encarregando-o” de amparar uma sociedade desiludida frente às denúncias de corrupção, desvio de dinheiro, combinações políticas, entre outros.

E, rapidamente, a visibilidade do juiz foi alterada, assim como a exigência em torno das suas argumentações ao decidir, sobrepondo-se à figura do político desacreditado.

#### 6.3.2.5. Opinião pública como legitimadora da decisão judicial

Outro fundamento empregado em maior escala é a opinião pública, que está intrinsecamente relacionada à ideia de que a vontade da maioria traria sustentação e legitimidade à decisão judicial.

Este fundamento é aplicado em diferentes contextos, sendo interessante observar que, algumas vezes, ele assume o significado político e outras o mediático. Quando se discorre sobre este último, entende-se a opinião pública como um ser abstrato, formada pelos telespectadores, dentro de uma seletividade imposta pelos *media* e pelos detentores do controle dos meios de comunicação em massa. Quanto ao primeiro, constitui-se do povo que ao escolher os representantes, possuiriam o direito de determinar a aplicação da lei, uma vez que elegeram os representantes responsáveis pela sua redação legal.

### 6.3.3. Considerações Parciais

Apontou-se acima alguns aspectos que se modificaram diante da maior irritação dos meios de comunicação no seu ambiente, além de retomar o conceito de opinião pública. O comportamento natural seria a adaptação do sistema jurídico a vista destes eventos em seu ambiente, estimulando a sua autorreprodução.

Talvez, se forem visualizados isoladamente, os aspectos podem sinalizar mudanças, mas não uma inoperatividade do sistema e, como se constatou, a transformação do direito positivo é consequência direta da sociedade funcionalmente diferenciada que busca estruturar-se através da diminuição ou controle de sua complexidade.

Portanto, em um primeiro momento, poder-se-ia dizer que as irritações do entorno (sistema mediático), a partir da leitura delas pelo sistema judiciário, provocaram alterações que, em alguns casos afetaram a “eficácia” dele, tendo em vista, por exemplo, que o STF se tornou mais moroso.

Contudo, quando se verifica especificamente uma alteração na compreensão da lei, isto é, na leitura e consequente aplicação desta, já não é viável falar apenas de interferência.

## 6.4. SISTEMA JUDICIÁRIO E SEU AMBIENTE

Anteriormente, evidenciou-se, a partir do texto de Campilongo (2002), que o problema básico dos sistemas fechados é a compreensão dos elementos externos a partir de operações internas. Neste contexto, observa-se que o sistema judiciário sofre constante irritação dos outros sistemas e, diante desta, estimula-se a sua *autopoiesis*.

Os eventos externos possuem características diversas pois são guiados por outros binômios, entretanto devem ser admitidos como aspectos das operações internas, segundo Campilongo. Assimilando estes eventos e especializando o seu funcionamento permite-se a constante evolução do direito, uma vez que as suas operações são contínuas.

Todavia, a ideia de assimilar passa inicialmente pela de seletividade. Quais elementos o sistema deve selecionar? E quais, após uma breve assimilação, serão rejeitados?

Dessa maneira, é necessário ter em mente, dentro do difícil equilíbrio entre operações internas e eventos externos, que “a exclusão estratégica de possibilidades, constitui o meio para a construção de ordenamentos mais elevados que não podem consentir com toda e qualquer

possibilidade, mas, exatamente por isso, garantindo a sua heterogeneidade”. (LUHMANN, 1983, p. 13)

No caso objeto de análise, ainda que se constate a frequência de elementos estranhos ao direito nas sentenças, se isto não afetar a compreensão do direito, ou seja, a leitura do texto legal, não há distorção no funcionamento deste sistema. Contudo, a presença destes elementos não é compatível com a ideia de isolamento operacional e abertura cognitiva.

#### 6.5. CORRUPÇÃO INTRASSISTÊMICA: DISTORÇÃO DO SISTEMA JUDICIÁRIO

Ao fazer uma leitura atenta da argumentação presente nos votos dos ministros e na conclusão que alguns chegaram, em 2016 e ao final de 2019, quanto à situação da prisão em segunda instância, sobre o que está escrito na lei, percebe-se que houve uma distorção do sentido desta, produzindo uma imprevisibilidade quanto aos resultados a serem obtidos.

Isto posto, o que em um primeiro momento poderia significar apenas adaptações do sistema, frente às irritações em virtude de eventos externos, e posterior rejeição destes, são sinais da inoperatividade do sistema judiciário.

A presença de eventos que irrite o sistema é algo natural, tendo em vista a importância do entorno para o sistema e da diferenciação entre eles, assim como uma certa discricionariedade do juiz, vinculada à lei, no julgar. Porém:

O que não é possível – e nisso Luhmann está absolutamente certo – é abandonar o aparato evolutivo consolidado pelo sistema jurídico e substituí-lo pelas referências diretas a outros sistemas (econômico e político, por exemplo) ou às instâncias reflexivas de outros sistemas (teoria econômica e teoria política, por exemplo). (CAMPILONGO, 2002, p. 127)

Dessa maneira, visualiza-se uma distorção não porque as decisões judiciais estão maiores ou os juízes citam, valendo-se de uma “discricionariedade”, elementos externos ao direito positivo, mas sim porque a interpretação da lei não é orientada por elementos presentes internamente e sim por elementos externos a ela, produzindo uma modificação de significado do texto legal e conseqüentemente de sua aplicação,

Retomando um exemplo de Luhmann (1983) já exposto neste trabalho, que apesar de trazer uma ideia aparentemente simples, consegue explicar com clareza a questão posta. Da mesma forma que não se pode fornecer um parecer negativo quanto a um pedido de divórcio tendo em vista somente que estão ocorrendo muitos divórcios na sociedade e que agora passará a negá-los para diminuir a sua quantidade, não se pode também determinar a prisão de um

indivíduo antes do trânsito em julgado, somente em virtude de querer satisfazer uma população que clama pelo fim da sensação de impunidade que tomou conta do país. E, por que não pode?

Para responder esta pergunta que é essencial para a compreensão da conclusão a que se chegou a partir deste trabalho, retoma-se algumas questões conceituais.

### **6.5.1. Complexidade e seleção**

Nos capítulos anteriores, em especial no final do segundo e no terceiro, discorreu-se sobre alguns conceitos da teoria dos sistemas de Luhmann. Um deles é a complexidade, necessária para a compreensão do resultado a ser alcançado.

Luhmann (1983) compreende aquela como a presença de mais possibilidades do que se pode realizar. Para regular a complexidade existente na sociedade, Luhmann pensou esta constituída por sistemas. Estes só existem para a redução de complexidade, assim sendo, a criação de sistemas dentro de uma sociedade relaciona-se à ideia de seleção das possibilidades e, conseqüente diminuição da complexidade.

Cada sistema possui um binômio. A partir deste, seleciona quais são as possibilidades que poderão ser reconhecidas pelo sistema, por serem compatíveis com o binômio e quais não serão reconhecidas, diante da sua incompatibilidade. Isso quer dizer que, apesar das inúmeras possibilidades existentes na sociedade, nem todas serão reconhecidas ou lidas por um determinado sistema, em virtude de sua inadequação ao valor positivo e negativo presente nele.

O resultado é um número menor de possibilidades, viabilizando a operatividade do sistema. Logo, o terceiro elemento não será reconhecido, não sendo levado em consideração.

Transportando isto para o caso do divórcio citado por Luhmann, é necessário entender que o parecer positivo ou negativo quanto a um pedido de divórcio apoia-se na lei, neste caso, o Código Civil. Nele estão dispostas as situações em que aquele será concedido. Tendo isto em vista, o fato de estarem ocorrendo muitos divórcios na atualidade é um terceiro elemento, externo ao sistema, que nem será considerado pelo magistrado, pois não está dentro do binômio direito e não direito.

Este fato, o grande número de divórcios, até pode ser uma variável importante em uma coleta de dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), quando se estuda a estrutura familiar brasileira, o impacto no psicológico dos adultos e possivelmente crianças envolvidas, mas não poderá orientar a concessão ou não do divórcio determinado em lei, pois esta informação não será selecionada pelo magistrado, em virtude da incapacidade de produzir

certeza. E a sociedade necessita da produção de certezas para continuar operando corretamente.

Ao analisar a prisão em segunda instância, a compreensão deve ser igual. A Constituição Federal dispõe que ninguém pode ser considerado culpado até sentença transitada em julgado, que ocorre quando não há mais possibilidades de recursos. Esta informação deverá então ser selecionada pelo juiz, pois pertence ao sistema jurídico, aplicando-a ao caso concreto. Este dado é capaz de produzir certeza, permitindo a operatividade do sistema e da sociedade, uma vez que o resultado a ser obtido diante de uma demanda semelhante deve ser o disposto em lei.

O elemento “vontade popular”, “vontade da sociedade”, “opinião pública” não é capaz de produzir certeza, não podendo ser utilizado pelo magistrado como razão para decidir, que nem sequer o deve reconhecer, uma vez que diante da redução de complexidade realizada, este elemento não foi selecionado pelo binômio direito e não direito.

Para que o sistema jurídico, primordialmente o judiciário, possa operar é necessário que os eventos externos a ele não distorçam o seu funcionamento. No momento em que o magistrado cita um elemento estranho ao direito, modificando o sentido do texto legal, para satisfazer um “auditório” que não é o jurídico, a operatividade do sistema e o funcionamento da sociedade estão comprometidos, uma vez que haverá um aumento desproporcional das possibilidades que não poderão ser suportadas pelo sistema jurídico.

### 6.5.2. “Auditório” do sistema judiciário

A concepção de auditório, oriunda da teoria de Perelman, encaixa-se perfeitamente na possível razão inicial que conduziu a distorção do sistema judiciário, pois questiona-se: a quem se direciona as decisões judiciais? A quem os ministros devem se dirigir no momento de julgar?

Ao realizar a leitura de alguns trechos de decisões do STF, percebe-se que, por mais de uma vez, o seu “auditório” foi a sociedade, o povo, os telespectadores, como restou demonstrado com a leitura dos trechos de decisões judiciais presentes no quarto capítulo, com a alteração do número de páginas das decisões após o início da exibição dos julgamentos na TV, com alguns trechos da decisão de 2016 destacados por L.P. Verbicaro e Lopes (2020), entre outros:

(...) o entendimento anterior possibilitaria o enfraquecimento da “**confiança da sociedade** na justiça criminal”, já com a mudança de entendimento seria possível que “o **sentimento social** de eficácia da lei penal” fosse restaurado (STF, HC 126.292/SP, p.53).

(...)Partindo da concepção de que haveria incompatibilidade entre o princípio e o início do cumprimento da pena, a qual “não corresponde à **expectativa da sociedade**

em relação ao que seja uma presunção de inocência” (STF, HC 126.292/SP, p. 58)  
 (...) “**a sociedade não aceita** mais essa presunção de inocência de uma pessoa condenada que não para de recorrer” (STF, HC 126.292/SP, p. 59). (VERBICARO, L.P, LOPES, 2020, p. 79-80, grifo nosso)

A noção de auditório está presente no sistema judiciário, mas ela não é formada pelo “povo”, “sociedade”. Estes não são os destinatários das decisões judiciais, ainda que tenham escolhido os representantes responsáveis pela redação das leis que estão sendo aplicadas no Tribunal. Os ministros conservam a garantia da independência, logo, a sua decisão não precisa vincular-se com a vontade do povo, somente com o que dispõe a lei.

Compreende-se que o “auditório” dos tribunais é composto apenas de elementos inerentes ao sistema jurídico, apesar da visibilidade que possa ter os casos analisados pelo Supremo Tribunal Federal. Dessa maneira, o auditório do sistema jurídico é a própria lei, dentro de um processo de operações internas que utilizam os seus próprios elementos como referência através da *autopoiese*. Ou seja, “é a produção dos elementos, das estruturas e do desenvolvimento do sistema a partir de operações recursivas a outros elementos internos do sistema, que realizam seus processos comunicativos com dotação interna de sentido utilizando repertório próprio”. (NEVES, 2005, p. 50)

### 6.5.3. Desconstrução da concepção da “maioria” como detentora da razão

A análise das decisões expõe um outro fato interessante, interligado com o disposto acima: o de que a “maioria”, em regra, é detentora da verdade, ou seja, se a decisão for fundamentada na sua vontade será correta. E isto traduz um equívoco.

Na verdade, o primeiro engano ocorre quando se propaga uma concepção de que a democracia é um valor absoluto e incontestável, pois possibilitaria a todos serem tratados de forma igual, devendo-se respeitar a vontade da maioria pois ela é a detentora última do poder, ou seja, as decisões que se fundamentassem nela seriam legítimas.

Hoje em dia, costuma-se concentrar a atenção na democracia, julgando-a o principal valor que está sendo ameaçado. Isso, porém, não deixa de ser perigoso. De fato, **essa ênfase desmedida no valor da democracia é responsável pela crença ilusória e infundada de que, enquanto a vontade da maioria for a fonte suprema do poder, este não poderá ser arbitrário.** A falsa segurança que tal crença infunde em muita gente contribui sobremodo para a geral falta de consciência dos perigos que nos ameaçam. É injustificado supor que, enquanto o poder for conferido pelo processo democrático, ele não poderá ser arbitrário. Essa afirmação pressupõe uma falsa relação de causa e efeito: não é a fonte do poder, mas a limitação do poder, que impede que este seja arbitrário. O controle democrático pode impedir que o poder se torne arbitrário, mas a sua mera existência não assegura isso. Se uma democracia decide empreender um programa que implique necessariamente o uso de um poder não

pautado por normas fixas, este se tornará um poder arbitrário. (HAYEK, 1944, p. 86-87, grifo nosso)

Ainda que isto fosse verdade, isto é, que a vontade da maioria constitui a expressão do correto, deve-se ter em mente que este é um elemento pertencente ao sistema político e não ao jurídico, não sendo selecionado por este último, uma vez que, além de não se adequar ao código binário, não está apto a fornecer certeza.

E, realizando uma crítica quanto à ideia de que o povo possui uma capacidade decisória no concernente ao processo judicial, cita-se abaixo um trecho do *O Espírito das leis* (2001)

Logo, em geral não se devem tirar os membros do corpo legislativo do corpo da nação, mas convém que, em cada lugar principal, os habitantes escolham um representante para si. A grande vantagem dos representantes é que eles são capazes de discutir os assuntos. **O povo não é nem um pouco capaz disto, o que constitui um dos grandes inconvenientes da democracia. (...) Havia um grande vício na maioria das antigas repúblicas: é que o povo tinha o direito de tomar decisões ativas, que demandavam alguma execução, coisa da qual ele é incapaz. Ele só deve participar do governo para escolher seus representantes, o que está bem a seu alcance.** Pois, se há poucas pessoas que conhecem o grau preciso da capacidade dos homens, cada um é capaz, no entanto, de saber, em geral, se aquele que escolhe é mais esclarecido do que a maioria dos outros. O corpo representante tampouco deve ser escolhido para tomar alguma decisão ativa, coisa que não faria direito, mas para fazer leis, ou para ver se foram bem executadas aquelas que fez, coisa que pode muito bem fazer e, até mesmo, só ele pode fazer bem. (MONTESQUIEU, 2001, p.76, grifo nosso)

Desta forma, reconhece-se que a opinião pública ou a vontade da maioria somente poderiam ser empregados se traduzissem o texto legal, e isto ainda com ressalvas, uma vez que o que está presente na decisão judicial não é a vontade do povo como fundamento de decidibilidade, e sim o que está disposto em lei, coincidente, em um determinado caso, com a vontade da maioria.

Portanto, a “mensagem” que os tribunais devem transmitir é de que, seja em que contexto for e a que pressão externa possa estar submetido, o cumprimento da lei é obrigatório e se faz necessário, tanto em casos em que a lei apresenta certa ambiguidade, quanto em casos em que a redação do texto legal é clara.

#### 6.5.4. Sistema judiciário e diferenciação funcional

Com a compreensão da questão posta ao longo deste trabalho, identificou-se a teoria dos sistemas como a mais adequada para discorrer sobre a temática, objetivando entender a consequência da distorção do direito, a partir de elementos estranhos a ele, neste caso representado pelo sistema mediático e buscando encontrar uma solução para que o sistema possa operar corretamente

Luhmann trabalha com a concepção de uma sociedade funcionalmente diferenciada, em que, a partir de processos internos baseados em um código binário presente em cada sistema, será possível selecionar as possibilidades, reduzindo a complexidade e assegurando assim a operatividade da sociedade.

Os códigos, portanto, são distinções com as quais um sistema observa suas próprias operações e define sua unidade: eles nos permitem reconhecer quais operações contribuem para sua reprodução e quais não contribuem. Ao sistema da ciência pertencem todas e somente aquelas comunicações que são orientadas para o código verdadeiro/não verdadeiro; e ao sistema legal aquelas que são orientadas para a legalidade/ilegalidade, e assim por diante, e todos os sistemas tratam todas as suas comunicações exclusivamente em termos do seu próprio código. (CORSI, ESPOSITO, BARALDI, 1996, p. 42)<sup>70</sup>

A presença do código permite que um terceiro elemento, não disposto no binômio, seja rejeitado. Diante da sua exclusão, é possível controlar a complexidade dentro do sistema. Na atualidade, há um alto grau de aumento das possibilidades, sendo ainda mais indispensável o controle desta, através da seletividade e da diferenciação imposta pelo sistema.

Em um mundo com crescente complexidade e contingência isso poderia conduzir a um nível insustentável de tensões e problemas de orientação, caso o sistema social da sociedade como um todo não apresentasse duas possibilidades contrárias de reação a desapontamentos de expectativas. (LUHMANN, 1983, p. 55)

Ao estruturar a sociedade em sistemas, Luhmann consegue não apenas controlar a complexidade dentro de cada um, através da seleção, como também garantir que os possíveis ruídos do ambiente não afetem o seu modo de funcionar, uma vez que sempre serão interpretados a partir do código inerente a cada sistema.

Também impede que distorções nos outros sistemas como, por exemplo, a crise da democracia representativa, afetem a sua operatividade, uma vez que serão entendidos como um terceiro elemento e, após, serão rejeitados. “Através de um ato de opção, geralmente não percebido como tal, as estruturas restringem o âmbito da possibilidade de opções. Em termos imediatos delimitam o optável.” (LUHMANN, 1983, p. 54)

Por conseguinte, ainda que o número crescente de divórcios na sociedade ou a opinião do povo possam ser relevantes para outros sistemas como o familiar ou o político, respectivamente,

---

<sup>70</sup> Los códigos, por lo tanto, son distinciones con las que un sistema observa las propias operaciones y define su unidad: permiten reconocer cuáles operaciones contribuyen a su reproducción y cuáles no. Al sistema de la ciencia pertenecen todas y únicamente las comunicaciones que se orientan al código verdadero/nao verdadero; y al sistema jurídico las que se orientan a la legalidad/ilegalidad, etcétera, y todos los sistemas tratan todas sus comunicaciones exclusivamente en los términos de su propio código. (CORSI, ESPOSITO, BARALDI, 1996, p. 42)

eles não o são para o sistema jurídico, diante da seleção de possibilidades realizada pelo binômio.

No processo cotidiano de comunicação isso ocorre inicialmente na medida em que alguém escolhe uma comunicação entre diversas outras comunicações possíveis, e o seu destinatário trate o que foi comunicado não mais como seleção, mas sim como fato ou como premissa de suas próprias seleções, ou seja, incorporando a escolha do outro no resultado da seleção prévia. (LUHMANN, 1983, p. 54)

À vista disso, a teoria luhmanniana foi a selecionada para compreender a operatividade do sistema jurídico, frente aos ruídos do ambiente, assegurando o seu fechamento operacional e a produção de certeza na aplicação do direito.

O sistema judiciário é um sistema fechado, diferenciando-se e especificando-se funcionalmente em relação ao seu ambiente. E deve ser compreendido desta forma para que possa gerar certeza. A diferença presente nele é repetida frequentemente por ele próprio para conservar suas fronteiras em relação ao ambiente. Há, portanto, uma dupla diferenciação: a que se estabelece entre sistema e ambiente e que se estabelece internamente, através do binômio direito e não direito. Desta forma, é possível responder seletivamente às demandas direcionadas a ele e lidar com a complexidade crescente. Neste contexto:

Justiça não é a referência a valores supra-positivos, éticos ou meta-jurídicos. A justiça é a consistência adequada do processo decisório. O direito não extrai a sua validade de um imaginário contrato social, de um idílico consenso comunicativo ou de uma suposta razão natural. Nada disso. Como sistema auto-referencial-organizado com base num código comunicativo específico (lícito/ilícito), que implementa programas condicionais do (tipo se/então) e desempenha função infungível (generalização congruente de expectativas normativas) – o direito positivo deve resolver, de modo circular, tautológico e paradoxal, o problema de seu fundamento. (CAMPILONGO, 2002, p. 21-22)

Neste contexto, nota-se a autoreflexividade, uma vez que sempre se refere a si mesmo, a seus elementos, na realização de operações, ainda que diante de ruídos externos, que serão traduzidos para a lógica deste sistema.

Assim, ainda que o sistema judiciário dentro de uma sociedade em virtude de sua função e da própria característica do direito positivo esteja constantemente sofrendo alterações, estas são orientadas por seus elementos próprios, pois “o direito positivo não entende outras razões além daquelas traduzíveis nos termos de seu código, programas e função.” (CAMPILONGO, 2002, p. 22)

Sendo assim, diante do que foi exposto, especialmente com relação a alguns votos dos ministros do STF a respeito da Prisão após decisão em segunda instância, reconhece-se a existência de uma corrupção intrassistêmica entre o sistema mediático e o sistema judiciário, gerando a deturpação de sua operatividade, incapacitando-o de lidar com a tensão produzida

pelo número de possibilidades.

A corrupção intrassistêmica é compreendida quando, a partir de uma interferência externa, afeta-se a compreensão da função daquele sistema, alterando o resultado que deveria ser obtido. Qualquer elemento, dever do juiz, Constituição Federal deveria ser usado sob o significado do sistema jurídico, mas passa a assumir a concepção do sistema mediático, que adota outro código binário, da informação e não informação. Quando isso acontece, o resultado não será regulado pela lei, mas sim pelo binômio presente nos *media*, ou seja, a função do sistema é corrompida, passando a operar de uma maneira diferente da sua função anterior.

Visualiza-se a corrupção aqui a partir do momento em que há uma modificação da leitura do texto legal, objetivando que ele atinja um outro auditório que não o jurídico. Desta forma, passa-se a considerar a “sociedade”, “opinião pública”, como fundamentos para decidir se alguém deve ser preso antes de irrecorrivelmente condenado, acima do que diz a presunção de inocência constitucionalmente prevista. E isto é absolutamente contrário ao direito pois “os juízes não são obrigados nem devem decidir levando em consideração a vontade da maioria, sua atuação não está legitimada nesta vontade” (VERBICARO L.P, LOPES, 2020, p.81). A sua atuação está legitimada no cumprimento da lei.

Na verdade, neste caso específico, desvirtua-se o próprio conceito de presunção de inocência diante da “exigência de uma sociedade”, traduzida pelos *media*, produzindo desta forma somente incerteza.

E a corrupção do sistema judiciário é acompanhada pela distorção do dever do juiz, como aplicador da lei a um determinado caso concreto, como restou demonstrado nos capítulos quarto e quinto.

O fundamento da legitimidade da jurisdição e da independência do Poder Judiciário está no reconhecimento de sua função de garantidor dos direitos fundamentais inseridos ou resultantes da Constituição. Nesse contexto, **a função do juiz é atuar como garantidor da eficácia do sistema de direitos e garantias fundamentais do acusado no processo penal** (LOPES JR., 2018, p. 62, grifo nosso).

## 6.6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em uma sociedade funcionalmente diferenciada, quanto ao sistema judiciário, sempre existirão ruídos, especialmente provenientes de sistemas (compreendidos como ambiente por ele) nos quais, em algumas outras situações observa-se o denominado acoplamento estrutural

Porém, é imprescindível que, por mais ruídos que possam existir, como restou demonstrado no caso da expansão dos *media* e da pressão que ele exerce por meio da ascensão

a um papel destaque na sociedade, além da decadência da democracia representativa, e o deslocamento do homem político para o homem jurídico, provocando irritações e interferências no sistema, o sistema judiciário mantenha-se fechado operacionalmente, assegurando desta forma o seu correto funcionamento através da produção de certeza para a sociedade.

O juiz, por exemplo, não atua em razão de fins, mas a partir do cumprimento de certas condições iniciais: previstas na norma. Para Luhmann, desconhecer este dado e introduzir elementos teleológicos, cálculos sobre as consequências, discricionariedade judicial, etc. significa bloquear a função do direito como estabilizador de expectativas, inviabilizar a redução da complexidade alcançada com a divisão de tarefas entre legislador e o aplicador das normas e questionar a autonomia do sistema face aos demais sistemas, como o político, o econômico (CAMPILONGO, 2002, p. 22)

Contudo, o que se observa como resultado natural desta corrupção é a inoperatividade do sistema, ou seja, ele torna-se incapaz de lidar com a tensão proveniente do excesso de possibilidades, não conseguindo estabelecer mais a seleção a partir do seu código. Diante disto, há uma completa imprevisibilidade quanto ao resultado a ser proferido nas decisões judiciais, uma vez que, em virtude da corrupção, o sistema judiciário não consegue mais se determinar internamente, utilizando por vezes elementos estranhos ao direito para decidir, sendo que, desta forma, o indivíduo que, por algum motivo, impetra ou sofre uma ação, não poderá prever qual será a decisão do magistrado para seu caso.

Logo, o único caminho é a retomada dos valores inerentes ao sistema judiciário, e ao sistema jurídico como um todo, buscando com que as operações voltem a ser orientadas por elementos intrínsecos ao sistema, estabelecendo e mantendo as fronteiras que o permite reagir a ruídos externos a partir de si próprio.

## 7. CONCLUSÃO

Conforme mencionado no início do trabalho, a intenção é conseguir, através de um enfoque diferente, imprimir um novo olhar a respeito da interferência dos *media* sobre o direito e, especificamente, demonstrar como isto afeta o sistema judiciário e o conseqüente prolatar de decisões.

Realizou-se, então, a opção pela teoria dos sistemas de Luhmann por acreditar que, diante da complexidade imposta, conseguiria enfrentar melhor a questão, pois concebe a sociedade constituída por sistemas operativamente fechados, diferenciando-se quanto ao sistema e reproduzindo esta diferenciação internamente.

A concepção de sistemas que se autorreproduzem, segundo seu próprio código, permite compreender que há elementos dentro do sistema e elementos estranhos ao sistema, que não pertencem a ele. Assim sendo, há a delimitação de uma fronteira entre sistema e ambiente. Os elementos que se localizam no ambiente podem produzir irritações no sistema, sendo traduzidos segundo a lógica do sistema.

A compreensão do direito e, primordialmente, do judiciário como um sistema operativamente fechado permitiu a construção de uma linha argumentativa em que eventos que não fossem selecionados pelo binômio direito/não direito fossem classificados como estranhos a ele. Assim sendo, aqueles não estariam aptos para produzir certeza, não podendo constituir razão ou motivo de decisão judicial por si só.

Conseqüentemente, a partir disso, torna-se mais simples a compreensão das interferências as quais sujeitam-se o sistema judiciário, sejam provenientes do sistema mediático, sejam provenientes de outros sistemas, como o político, mas que podem afetar o modo de operar do direito.

À vista disso, discorrer-se-á sobre as conclusões parciais em cada um dos capítulos, conduzindo ao resultado obtido a partir do estudo desta tese.

O trabalho iniciou com uma investigação mais detalhada a respeito dos meios de comunicação e a construção da concepção do público e de esfera pública, incorporados posteriormente por este sistema, através do acoplamento estrutural.

Neste capítulo (o segundo) demonstrou-se as transformações que os meios de comunicação sofreram e o que objetivamente pode ser compreendido por comunicação e meios de comunicação em massa. A edificação de uma esfera pública que favoreceu a discussão e modificações que ocorreram no âmbito político e como o desenvolvimento de uma sociedade

complexa é acompanhado não somente por transformações no âmbito do direito, assim como no contexto dos *media*.

Diante da fundamental importância dos meios de comunicação, tanto no desenvolvimento histórico como na atualidade, reconhecendo-se que grande parte do conhecimento advém deles, desmistificou-se a concepção negativa que erroneamente é propagada a seu respeito e do seu papel no âmbito social, sendo isto essencial para o desenvolvimento desta tese a partir da teoria luhmanniana.

No terceiro capítulo, observou-se o funcionamento dos sistemas fechados, segundo a perspectiva da teoria dos sistemas, possibilitando o entendimento do porquê Luhmann pensou a sociedade estruturada em sistemas com seus próprios códigos. A clausura operativa é o que propicia o funcionamento dos sistemas e a forma que reage aos ruídos oriundos do ambiente, identificando o que pertence e o que não pertence a cada sistema.

Neste íterim, foi possível identificar mais profundamente alguns aspectos do sistema jurídico e o procedimento utilizado internamente para controle da complexidade e a perspectiva das diferenças entre cada um dos sistemas a partir dos seus códigos. Isto quer dizer que, irrecorrivelmente, a percepção de um fato por diferentes sistemas sempre será diversa, pois baseia-se em códigos binários diferentes, traduzindo a partir deles.

Talvez a ideia aparente ser complexa, porém, a construção deste olhar é realizada rotineiramente e de maneira imperceptível. Isto não quer dizer que estes fatos chegarão a compor determinado sistema, pois, para isso é necessário que sejam selecionados a partir do código binário.

Logo, a diferenciação entre os sistemas, a maneira que cada um compreende o outro como ambiente e as operações que se realizam internamente, repetidas vezes, a partir dos seus elementos, fornece-nos meios para identificar o judiciário como um sistema que só pode referir-se ao direito.

No capítulo de número quatro, discorreu-se mais detidamente sobre o sistema judiciário, sendo possível extrair algumas conclusões dele. Inicialmente, foi necessário identificar os elementos que o compõem e o papel de cada um deles. Quanto ao juiz, é essencial que se diga que a visão a respeito da sua função foi modificando-se com o tempo, assim como a pressão a qual ele está submetido. A visibilidade deste nos *media* e a forma de comportamento diante disto deu origem a uma visão dele como “salvador”, “bastião da moralidade” dentro de outras expressões que são utilizadas para designá-lo. A forma que este reage ao ruído proveniente do ambiente favorece algumas distorções que começam a ser observadas no seu comportamento,

especialmente no que concerne à argumentação utilizada para fundamentar as suas decisões. Por vezes, não foi possível verificar a sua vinculação à lei, e esta como seu único “auditório”.

Com estas alterações, houve uma expansão do conceito de “discrecionabilidade judicial”, buscando justificar qualquer argumento estranho à lei sob este manto. Este fato é extremamente perigoso, pois, sem um controle adequado, a arbitrariedade e o autoritarismo podem travestir-se de proteção e amparo à sociedade.

Logo, averiguou-se também, através da análise de alguns votos, de que maneira o entendimento sobre a lei estava se alterando. Porém, mais que isso, como estava sendo fornecido um novo sentido ao texto legal.

Para compreender esta nova dinâmica, no quinto capítulo, estudou-se mais detidamente a democracia representativa, buscando compreender de que forma a crise desta originou ruídos que interferiram na dinâmica dos dois sistemas: judiciário e mediático.

O declínio deste modelo foi provocado, em parte, pela incapacidade dele se adaptar às novas características da sociedade, que havia se modificado frente a eventos no âmbito mundial, como a segunda guerra e a insegurança trazida por ela no âmbito das garantias dos cidadãos frente ao Estado. Por consequência, houve um decréscimo da identificação do eleitor com o representante eleito, deslocando-se gradualmente o foco do homem político para o homem jurídico. Isto é, a ascensão deste último está intrinsecamente relacionada aos ruídos provenientes do sistema político.

Por isso, quanto ao judiciário, observou-se a expansão do seu papel na sociedade e da sua competência. Atualmente, recorre-se ao judiciário com frequência, buscando nele as garantias que antes eram fornecidas pelo representante eleito.

Com os holofotes da sociedade e dos *media* sobre o judiciário e o juiz, operou-se algumas modificações que talvez, se visualizadas isoladamente, não seriam um indicio de perigo, porém, quando analisadas conjuntamente, retratam a forte interferência ao qual está submetido o sistema judiciário, passando este a operar de uma forma diversa do que dispõe o direito.

Portanto, sob o olhar da teoria dos sistemas de Luhmann, investigou-se qual era a extensão desta alteração nas operações realizadas pelo sistema judiciário e de que forma isto poderia impactar na sociedade.

No último capítulo, elencou-se os aspectos que haviam sofrido alteração, analisando em cada um deles o que ocorreu a partir do ruído do ambiente. Frente às possibilidades de acoplamento estrutural, irritações ou corrupção intrassistêmica, diagnosticou-se que, diante da interferência dos meios de comunicação, favorecido pelo declínio da democracia

representativa, o último fenômeno, o da corrupção, era o que estava acometendo o sistema judiciário, gerando a sua inoperatividade diante da incapacidade de vincular-se ao seu código binário e de produzir certeza.

Portanto, é necessário que se diga que o uso da terminologia “inoperância”, não acontece pelo sistema não estar realizando operações, pois ele está, mas sim por não estar realizando operações orientadas pelo direito e pelo seu código binário. As operações são realizadas por elementos estranhos ao direito, produzindo um aumento da tensão pelo acréscimo do número de possibilidades que o sistema não consegue suportar. Diante disto, não é mais capaz de produzir certeza, sendo necessária sua correção, se possível.

Isto posto, não se buscou neste trabalho apontar o sistema mediático como um dado que precisa ser retirado da sociedade, controlado, entre outras expressões utilizadas quando se produzem trabalhos dessa natureza. Nem dizer que há uma incompatibilidade entre sistema mediático e judiciário, sendo que só seria aceitável a presença de um deles na sociedade.

Reconhece-se a importância dos *media* no desenvolvimento da sociedade e na evolução de uma esfera pública. O que se objetiva aqui é que o sistema judiciário não opere por elementos que são estranhos a ele, pois, se isto ocorre, o resultado é imprevisível e a sociedade não possui mais a certeza na aplicação da lei.

Tendo isto em vista, é fundamental que ao operar, oriente-se e vincule-se somente pelos elementos presentes internamente, pois estes já foram objetos de uma seleção que permitiu a redução de complexidade e a produção de certeza na sociedade.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **El concepto y la validez**. Tradução. Jorge M. Sena. Barcelona. Gedisa. 2002

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Fundamentação Jurídica. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. Rio de Janeiro: Forense, 2011

ANDRADE, Fábio Martins de. **Mídia e Poder Judiciário: A influência dos órgãos da mídia no Processo Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007

ATIENZA, Manuel. **Las Razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica**. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005.

ATIENZA, Manuel. **O direito como argumentação**. Trad. Manuel Poirier Braz. Lisboa: Escolar Editora, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. **Contramajoritário, Representativo e Iluminista: Os papéis dos Tribunais Constitucionais nas democracias contemporâneas**. In: **Revista Direito & Práxis**. Rio de Janeiro, Vol. 9, N. 4, 2018.

BARZOTTO, Luis Fernando. **O positivismo jurídico contemporâneo: uma introdução a Kelsen, Ross, e Hart**. São Leopoldo :editora UNISINOS, 2004.

BAVARESCO, Agemir. **A fenomenologia da opinião pública.: a teoria hegeliana**. São Paulo: Loyola, 2003.

BENHABIB, S. **Sobre um modelo deliberativo de legitimidade democrática**. In: WERLE, D.; MELO, R. S. (orgs.). **Democracia deliberativa**. São Paulo: Esfera Pública, 2007 [1994].

BOURDIEU, P. **O Poder Simbólico**. Lisboa/Rio de Janeiro: DIFEL/Bertrand, 1989.

BOURDIEU, P. **Sobre a televisão**. Trad. Maria Lúcia Machado. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed. , 1997.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 8 jan. 2020.

BRASIL. [Código de Processo Penal]. **Código de Processo Penal**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm). Acesso em: 8 jan. 2020

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Constitucionalidade 43/DF** Distrito Federal. Relator Ministro: Marco Aurélio. Disponível <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4986065>.

CAMPILONGO, Celso. **O direito na Sociedade Complexa**. São Paulo. Editora Saraiva, 2011

CAMPILONGO, Celso. **Política, Sistema Jurídico e Decisão Judicial**. São Pulo. Editora Max Limonad. 2002

CANETTI, Elias. **Massa e Poder**. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

CASTELLS, M. **A sociedade em rede**. A era da Informação: economia, sociedade e cultura. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

CARDOSO, Gustavo. **Os Media na sociedade em rede**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2006

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?**. Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Editoração Eletrônica Ltda, 1999

CARVALHO, Fabiano. O princípio da eficiência no processo coletivo constituição, microsistema do processo coletivo e novo código de processo civil. In: MILARÉ, Édís (Coord). **Ação Civil Pública: Após 30 anos**. São Paulo: ED. Revista dos Tribunais, 2016

CASTRO, Adriano Augusto Pereira de. **A eficiência como fundamento da decisão judicial em direito empresarial**. 2011. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito Milton Campos, Belo Horizonte, 2011. Disponível em: <http://www.mcampos.br/posgraduacao/mestrado/dissertacoes/2011/adrianocastroaeficienciaco mofundamentodadecisaojudicial.pdf>. Acesso em: 8 de agosto de 2019.

CERVI, Emerson Urizzi. **Opinião pública e comportamento político**. Curitiba: IBPEX, 2010.

CHARAUDEAU, P. **Discurso das Mídias**. São Paulo: Contexto, 2006.

CHIOVENDA **Instituições de Direito Processual Civil**. 4ª ed. Campinas: Bookseller, 2009.

CORSI, Gíancaría. ESPOSITO, Elena. BARALDI, Claudio. **GLU : glosario sobre la leorfa social de Niklas Luhmann**. ; traducción de Miguel Romero Perez, Carlos VÍJJaJohos; bajo Ja dirección de Javier Torres Nafarrate. Ed. Francoangeli, 1998

DEMO, Pedro. **Pesquisa e construção do conhecimento: metodologia científica no caminho de Habermas**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1994.

DEMO, Pedro. **Metodologia do conhecimento científico**. São Paulo: Atlas, 2000.

D´ALMEIDA, Nicole (coord.). **La opinión pública**. Buenos Aires: La Crujía Ediciones, 2013. 144p.

DEBORD, Guy. **A sociedade do Espetáculo**. Tradução Estela dos Santos Abreu. Rio de Janeiro: Contraponto, 13ªed. 2013.

DELEUZE, Gilles. **Conversações**. São Paulo: Editora 34, 2008.

DETONI, Marcia. **Mídia pública na sociedade da informação**. São Paulo: Editora Mackenzie, 2015.

DICEY. The law of the Constitution. Disponível em: [https://www.constitution.org/cmt/avd/law\\_con.htm](https://www.constitution.org/cmt/avd/law_con.htm). Acesso em: 12 de dezembro de 2019

DUARTE, J. **Comunicação pública**: Estado, mercado, sociedade e interesse público. São Paulo: Atlas, 2007.

DUSO, G. (Org.). **O Poder** – história da filosofia política moderna. Petrópolis (RJ): Vozes, 2005.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito: O que é o direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**. Trad. Luis Carlos Borges. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2016a.

ESTEVES, J.P. **Sociologia da Comunicação**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011.

ESTEVES, J.P. **Espaço Público e Democracia** – comunicação, processo de sentido e identidade social. São Leopoldo (RS): Unisinos, 2003.

ESTEVES, J.P. **Sociologia da Comunicação**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2016.

FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho. **Influências extrajurídicas sobre a decisão judicial: determinação, previsibilidade e objetividade do direito brasileiro** / Ricardo Vieira de Carvalho Fernandes. - 2013 - tese doutorado

FIORI, José Luiz. **Argumentação**. São Paulo: Contexto. 2018

GARAPON, Antonie. **O juiz e a democracia: o guardião das promessas**. Tradução Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 1999, 2º Ed. 2001

ESTEVES, J.P. **Bem julgar**: ensaios sobre o ritual judiciário. Lisboa: Instituto Piaget, 1997

GARLAND, David. **A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea**. Tradução André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2014

GIORGI, Raffaele de. **Direito, Democracia e Risco: Vínculos com o Futuro**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998

GOMES, W. **As transformações da política na era da comunicação de massa**. São Paulo: Paulus, 2004.

GOMES, W. **“Opinião pública política hoje” – uma investigação preliminar**.

GOMES, W. S.; MAIA, R.C.M. **Comunicação e Democracia: problemas e perspectivas**. São Paulo: Paulus, 2008.

HABERMAS, Jurgen. **Direito e democracia**. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 2003a.

HABERMAS, Jurgen. **Mudança Estrutural da Esfera Pública**. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 2003b.

HABERMAS, Jurgen. Political communication in media society: does democracy still enjoy an epistemic dimension? The impact of normative theory on empirical research. *Communication theory*, v, 16, n.4, p. 411-26, 2006

HABERMAS, Jurgen. **Teoria do Agir comunicativo**. Tradução, Paulo Astor Soethe e Flávio Beno Siebeneichler – Brasil: WMF Martins Fontes Ed., 2012

HANSEN, Gilvan Luís. **As implicações burguesas da esfera pública em Habermas**. DE LIMA, Clóvis Ricardo Montenegro (Org.) **Mudança estrutural da esfera pública 50 anos depois**. ANAIS DO VIII COLÓQUIO HABERMAS. João Pessoa: Editora UFPB, 2012.

HART, H. L. A. **Direito, Liberdade e Moralidade**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1987.

HART, H. L. A. **O conceito de direito**. Trad. Antonio de Oliveira Sette- Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2009

HAYEK, F.A. **O caminho da servidão** / F. A. Hayek. – São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010.

HIRSCHL, Ran. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. *Fordham Law Review*, v. 75, n. 2, 2006. Traduzido por Diego Werneck Arguelhes e Pedro Jimenez Cantisano. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/7533/6027>>. Acessado em: 25 fev.2017.

JORGE JUNIOR, Nelson. **O princípio da motivação das decisões judiciais**. Disponível em: <https://revistas.pucsp.br/index.php/red/article/view/735>. Acesso em 14 de agosto de 2019.

KELSEN, HANS. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Trad. José Lamago.. 4º ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LATTMAN- WELTTMAN, Fernando. “**Mídia e transição democrática: a (des)institucionalização do pan-óptico no Brasil**”; (org.) Alzira Alves de Abreu; In: *Mídia e Política no Brasil*. Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, 2002.

VIEIRA, José Ribas; FERNANDES, Pedro de Araújo. Da soberania popular à soberania de toga: a judicialização da megapolítica como viabilização de uma agenda econômica impopular. **Revista Culturas Jurídicas**, vol. 5, n. 10, 2018. Disponível em: .

<http://www.culturasjuridicas.uff.br/index.php/rcj/article/view/445>. Acesso em 20 de janeiro de 2020.

LIPPMANN, Walter. **Opinião Pública**. Petrópolis, RJ: Editora Vozes, 2010.

LOPES JUNIOR, Aury. Direito processual penal. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. 1159p.

LOPES, Felipe de Mendonça. **Essays in judicial Behavior**. 2018. 115f. Tese de Doutorado. (Economia). Fundação Getúlio Vargas. Escola de Economia São Paulo. São Paulo. 28 de maio de 2018.

LUBENOW, Jorge Adriano. **A esfera pública 50 anos depois: esfera pública e meios de comunicação em Jürgen Habermas**. DE LIMA, Clóvis Ricardo Montenegro (Org.) Mudança estrutural da esfera pública 50 anos depois. ANAIS DO VIII COLÓQUIO HABERMAS. João Pessoa: Editora UFPB, 2012.

LUHMANN, Niklas. **A Realidade dos Meios de Comunicação**. Trad. Ciro Marcondes Filho. São Paulo: Paulus, 2005.

LUHMANN, Niklas. **Introdução à teoria dos Sistemas**. Trad. Ana Cristina Arantes Nasser. Petrópolis: editora Vozes, 2011

LUHMANN, Niklas. **Sistemas Sociais: Lineamientos para uma teoria general**. Mexico: Anthropos Editorial, 1998

LUHMANN, Niklas. **Sistema Sociais**. Esboço de uma teoria geral. Trad. Marco Antônio dos Santos Casanova. Petrópolis/RJ: Editora Vozes. 2016.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I**. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito II**. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985

LUHMANN, Niklas. **Sociedad y sistema: la ambición de la teoría**, Buenos Aires, Paidós, 1990.

LUHMANN, Niklas. **Observaciones de la Modernidad**. Barcelona: diciones Paidós Ibérica, 1997.

LUHMANN, Niklas. **Poder**. Trad. Martine Creusot de Rezende Martins. Brasileira: Editora Universidade de Brasília, 1985

LUHMANN, Niklas. **Teoría da la sociedad**. Guadalajara, Prensa de la Universidad de Guadalajara, 1993.

LUHMANN, Niklas. **Teoria política em el Estado de Bienestar**. Madrid: Alianza Universidad, 2002.

MANIN, B. **As metamorfoses do Governo Representativo**. In: Revista Brasileira de Ciências Sociais 10(29), (2018) Out. 1995.

MANIN, B. **“A DEMOCRACIA DE PÚBLICO RECONSIDERADA”**. Novos Estudos – Cebrap - no.97 São Paulo Nov. 2018

MANIN, B. URBINATI Nadia. A democracia representativa é realmente democrática. doisPontos:, Curitiba, São Carlos, volume 13, número 2, p. 143-156, outubro de 2016. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/doisPontos/article/view/43063/28983>. Acesso em 10 de outubro de 2019.

MARCONDES Filho, Ciro. **Política e imaginário nos meios de comunicação de massa no Brasil**. São Paulo: Summus, 1985.

MAUS, Ingeborg. **Judiciário como superego da sociedade: O papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”**. Trad. Martonio Lima e Paulo Albuquerque. Novos estudos nº 58. Nov. 2000. P. 183/202.

MENDES, Conrado Hübner. Populispudência. 2018. Disponível em: <http://www.osconstitucionalistas.com.br/populispudencia>. Acesso em 10 de novembro de 2019

MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. **A Argumentação nas decisões judiciais**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

McCOMBS, Maxwell . **Teoria da Agenda**. Petrópolis: Editora Vozes, 2009.

McQUAIL, Denis. **Teoria da Comunicação de Massas**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.

McQUAIL, Denis. **Atuação da Mídia, comunicação de massa e interesse público**. Porto Alegre: Penso, 2012.

MIGUEL, L. F.; BIROLI, F. (Org.). **Mídia, representação e democracia**. 1 ed. São Paulo: Hucitec, 2010.

MIGUEL, L. F. “Representação democrática: autonomia e interesse ou identidade e advocacy”. Lua Nova, nº 84, p. 25-63, 2011. Disponível em: <https://www.academicoo.com/artigo/representacao-democratica-autonomia-e-interesse-ou-identidade-e-advocacy>. Acesso: 15 de setembro de 2019

MONSTESQUIEU. **O Espírito das leis**. São Paulo. Martin Claret, 2014

NEVES, Rômulo Figueira. **Acoplamento Estrutural, Fechamento Operacional e Processo Sobrecomunicativos na Teoria dos Sistemas Sociais de Niklas Luhmann**. 2005. 147f. Dissertação de Mestrado (Sociologia). Universidade de São Paulo. São Paulo. 2005

NIETO, A. **El árbitro judicial**. Ariel, Barcelona, 2000.

NOJIRI, Sergio. Decisão judicial. Disponível em: <https://enciclopedi juridica.pucsp.br/verbete/57/edicao-1/decisao-judicial> 2017. Acesso em: 20 de junho de 2019

ORTEGA, Manuel Segura. **La Argumentación Judicial: Control y Responsabilidade de los órganos jurisdiccionales**. Revista Iboamericana de Estudios Utilitaristas – 2011, XVIII/ I-2 (197-229)

PARSONS, Talcott. **O sistema das sociedades modernas**. Trad. Dante Moreira Leite. São Paulo: Livraria Pioneira Editora, 1974

PERELMAN, Chaim. **Ética e direito**. São Paulo: Editora Martins Fontes, 1996

PERELMAN, Chaim ; OLBRECHTS – TYTECA, Lucie **Tratado da argumentação. A nova Retórica**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

PITKIN, Hanna. (1967), The Concept of Representation. Berkeley, University of California Press.

RIBEIRO, Pedro Henrique Gonçalves de Oliveira. **Entre eclusas e espelhos: A esfera Pública vista a partir de uma leitura crítica de Niklas Luhmann e de debates contemporâneos**. 2012. 320f. Dissertação de Mestrado (Direito). Universidade de São Paulo. Faculdade de Direito. São Paulo. 2012

RAMIREZ, Juan Bustos. **O pensamento criminológico II: Estado e controle**. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

RICOUER, Paul. **O Justo 1: a justiça como regra moral e como instituição**. Tradução Ivone C. Benedetti – São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Comentários ao Código de Processo Civil**, v. IV. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 393.

SEVERINO, Antônio Joaquim. **Metodologia do trabalho científico**. São Paulo: Cortez, 2002.

SHAPIRO, Ian. **Enough of deliberation: politics is about interests and power**. In: MACEDO, S. (org.), Deliberative politics: essays on Democracy and disagreement. Oxford: Oxford University Press, 1999.

SILVA, Virgílio Afonso da. **O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais**. In: Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010

SIMON, Dieter. Reflexões sobre o positivismo jurídico. In: SIMOES, Sandro Alex de Sousa. **Ensaio sobre Teoria Geral do Direito**. Belém: Editora CESUPA, 2006, p. 173-178.

TARDE, Gabriel. **A opinião e as massas**. São Paulo: Martins Fontes, 1992.

THOMPSON, John B.. **A Mídia e Modernidade – Uma Teoria Social da Mídia**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2014

THOMPSON, John B.. **O Escândalo Político: Poder e Visibilidade na Era da Mídia**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2002.

VERBICARO, Loiane Prado, FADEL, Anna Laura Maneschy. **O modelo de democracia à luz da teoria de Ronald Dworkin**. Revista Unicuritiba, vol. 03, n. 52, 2018.

VERBICARO, Dennis; VERBICARO, Loiane Prado; MACHADO, Ana Victória Delmiro. A sociedade juridificada e o desmoronamento simbólico do homem democrático: relações entre judiciário, mídia e opinião pública. Revista Jurídica, Curitiba, v. 04, n. 53, p. 190-212, 2018. Disponível em: <<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/3215>>. Acesso em: 14 de julho de 2019.

VERBICARO, Loiane; LOPES, Amanda Luz. A opinião Pública e o Supremo Tribunal Federal: Uma análise do Habeas Corpus 126.292/SP. Revista da AGU, Brasília-DF, v. 19, n. 01. p.67-92, jan./mar. 202

VERBICARO, Loiane Prado. FADEL, Anna Laura Maneschy . O modelo de democracia à luz da teoria de Ronald Dworkin. Revista Unicuritiba, vol. 03, n. 52, 2018. Disponível em : <

WEBER, M. H. **Comunicação e Espetáculos da Política**. Porto Alegre: Ed. UFRGS, 2000.

WESTON, Anthony. **A arte de argumentar**. Trad. Desidério Murcho. Lisboa: Gradiva, 1998

WOLF, Mauro. **Teorias da Comunicação**. 2. ed. Lisboa: Presença, 2008.

WOLTON, D. **Pensar a comunicação**. Brasília: Universidade de Brasília, 2004,

ZAFFARONI, Eugénio Raúl. **O inimigo do direito penal**. Tradução de Sergio Lamarão. – Rio de Janeiro: Revan, 2009, 2º edição, revista e ampliada, junho de 2009