



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

RAFAEL BARROS SILVA DE PEDREIRA BARBOSA

**OS TRIBUNAIS DE CONTAS E O COMBATE À IMPUNIDADE NO
BRASIL: UMA ANÁLISE A PARTIR DA TEORIA DOS SISTEMAS DE
NIKLAS LUHMANN**

Salvador
2015

RAFAEL BARROS SILVA DE PEDREIRA BARBOSA

**OS TRIBUNAIS DE CONTAS E O COMBATE À IMPUNIDADE NO
BRASIL: UMA ANÁLISE A PARTIR DA TEORIA DOS SISTEMAS DE
NIKLAS LUHMANN**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em
Direito da Universidade Federal da Bahia, como requisito
parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito Público.

Orientador: Prof. Dr. Saulo José Casali Bahia

Salvador
2015

B238

Barbosa, Rafael Barros Silva de Pedreira,

Os tribunais de contas e o combate à impunidade no Brasil: uma análise a partir da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann / por Rafael Barros Silva de Pedreira Barbosa. – 2015.

182 f.

Orientador: Prof. Dr. Saulo José Casali Bahia.

Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito, 2015.

1. Tribunais de contas-Brasil. 2. Direito e política. I. Universidade Federal da Bahia

CDD- 343.0340269

RAFAEL BARROS SILVA DE PEDREIRA BARBOSA

**OS TRIBUNAIS DE CONTAS E O COMBATE À IMPUNIDADE NO
BRASIL: UMA ANÁLISE A PARTIR DA TEORIA DOS SISTEMAS DE
NIKLAS LUHMANN**

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito Público, Universidade Federal da Bahia, pela seguinte banca examinadora:

Aprovada em 27 de março de 2015.

Banca Examinadora

Prof. Dr. Saulo José Casali Bahia – Orientador _____
Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
Universidade Federal da Bahia

Prof. Dr. Dirley da Cunha Júnior _____
Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
Universidade Federal da Bahia

Prof. Dr. _____
Doutor em Direito pela XXX
Universidade XXX

A meus pais, Cid e Livia

AGRADECIMENTOS

Um trabalho como este tem somente um culpado, que é quem escreve, mas conta com vários responsáveis em sua trajetória. Sem a força deles, é certo que o texto nem veria a luz do dia.

Em primeiro lugar, agradeço a Deus, pela Misericórdia infinita com que permite a vida e dá forças à existência.

Mais uma vez, e nunca o bastante, agradeço a meus pais, porque me deram o caminho, o apoio e, mesmo quando não compreendiam a ansiedade, estavam ali para o suporte primeiro.

Ao professor Saulo Casali, pelo ensejo de nova orientação, pelas lições durante as aulas e nos encontros possíveis que tivemos, além da (bem-vinda) pouca atribulação no caminho sempre tortuoso de elaborar uma dissertação.

A Monique, pelo carinho, pela acolhida amorosa, pela ternura (disfarçada de um monte de coisa), por aguentar a chatice, as noites sem sono, a conversa repetida, sistema função código abnt banca Lulu não sei o que fazer me desculpe que não dormi, pela ajuda com a ABNT e por muito mais: por estar comigo sempre que dava – o amor brota, alimenta e abriga, acolhe e acalma.

A minha família, em especial, Nanda, *mo cuishle*, pelo carinho e por não me deixarem pirar.

A Bichara, por ter aturado um monte de coisas, pelas cobranças, pelos nossos desafios mútuos e pela esperança de que tudo possa se ajustar. Durante o Mestrado, foi uma referência emocional inescapável – e é isso que faz uma amizade, não necessariamente só os momentos bons.

A Oitaven, a quem posso atribuir um pouco de culpa, já que sem sua insistência, não teria feito seleção, não teria continuado no tema, etc. Mesmo nos momentos mais duros e loucos, alguém com quem se pode contar é essencial. A distância é só um detalhe quando se tem uma sinergia intensa (e isto **nunca** quer dizer concordância!)

A Guilherme, pela oportunidade e pela compreensão que me fez passar pelos dois anos do curso da forma menos turbulenta possível. Sem esta base e auxílio, jamais teria saído esta dissertação, inclusive nestes moldes.

A toda a turma do Ministério Público de Contas do TCM/Bahia, por me fazer aprender, na prática, como pode funcionar um órgão, apesar das dificuldades. A união faz a força!

E há todo um grupo de pessoas a quem estarei sendo ingrato, por não citar expressamente, mas que foram essenciais à feitura do trabalho: amigos (os de agora, os de antes, os que me incentivaram a fazer, os que me largaram, os que larguei), colegas do Mestrado, ao prazo menor do que o regimental, aos servidores e à própria FDUFBa, etc, etc.

Em meu coração, sou grato a todos.

He is drinking water from the faucet from the river
From the tributary it comes through rusted pipes
Outside his window he sees the water that's supposed to be clean
By the chemicals polluted by the candy factory lines
Someplace on the edge of town
Someplace on the edge of town
Is where they live—
Political scientists

D.R.A, “Political Scientist”

Tenho visto o fardo que Deus impôs aos homens. Ele fez tudo apropriado ao seu tempo. Também pôs no coração do homem o anseio pela eternidade; mesmo assim ele não consegue compreender inteiramente o que Deus fez

Ecl 3, 10-11

BARBOSA, Rafael Barros Silva de Pedreira. Os Tribunais de Contas e o combate à impunidade no Brasil: uma análise a partir da Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann. 182 f. il. 2015. Dissertação(Mestrado). – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2015.

RESUMO

Esta Dissertação de Mestrado objetiva realizar uma análise dos Tribunais de Contas brasileiros, em sua atuação e dificuldades institucionais, a partir das balizas teóricas estabelecidas pela Teoria dos Sistemas Sociais, em especial no enfoque conferido por Niklas Luhmann. De início, parte-se de definições conceituais, pelas quais se explica a visão que põe a comunicação como elemento definidor do que seja a sociedade, descrita como um sistema autopoietico e autorreferente, que se reproduz nos seus próprios termos. Nesta perspectiva, tanto o Direito quanto a Política são vistos como subsistemas, inseridos no sistema social maior (a sociedade) e também compostos de comunicação, mas ambos fechados para a realização das operações que permitem o seu desenvolvimento, conforme códigos, estruturas e programas próprios. Ainda que fechados para a sua reprodução (de modo que o Direito ou a Política reproduzam-se em seus próprios marcos), há circunstâncias de contato entre os subsistemas, dentre as quais se encontram os chamados acoplamentos estruturais. Após um panorama geral de como a teoria social e o Direito comumente percebem a corrupção, seu controle jurídico e os Tribunais de Contas, como entidades diretamente ligadas aos primeiros dois temas, o trabalho usa os conceitos da Teoria dos Sistemas para analisá-los, identificando quais as diferenças e semelhanças numa abordagem deste jaez. Ainda, testa-se a hipótese explicativa de que muitos dos obstáculos encontrados pelas instituições (no caso específico, os Tribunais de Contas) são menos reflexo da atuação isolada de indivíduos e/ou grupos sociais, mas de questões inerentes à formação dos sistemas político e jurídico no Brasil, em especial, sendo preciso ser criterioso na busca de soluções – que até podem vir do Direito, mas não necessariamente dele surgem e/ou dependem dele para ser aplicadas.

Palavras-chave: Tribunal de Contas; Estrutura e funcionamento; Obstáculos institucionais; Relações entre Direito e Política; Análise teórica; Teoria dos Sistemas; Niklas Luhmann.

BARBOSA, Rafael Barros Silva de Pedreira. Audit Courts and the fight against impunity in Brazil: an analysis from Niklas Luhmann's Systems Theory. 182 pp. ill. 2015. Thesis (Masters' Degree). – Law School, Federal University of Bahia, Salvador, 2015.

ABSTRACT

This Masters' thesis aims to make an analysis on Brazilian Audit Courts, its activities and institutional difficulties, since the concepts established by Niklas Luhmann's Social Systems Theory. To the top, it uses theoretical conception, for explains the point of view that puts communication as the defining element of society, described as an autopoietic and self-referential system that reproduces and maintains itself in its own terms. Under this perspective, both Law and Politics are seen as subsystems inset in the major social system (society), also composed by communication, but closed to make the operations that keep its development, according to its own codes, structures and programs. Although closed to its reproduction (what is necessary to the reproduction of Law and Politics on its own marks), there are some contact circumstances between the systems, as, for example, the structural coupling. After an general overview of Law and Social Theory's common perception on corruption, its juridical controlling an the Audit Courts, as organizations strictly related to the other themes, the dissertation use Systems Theory 's conceptions to study them, identifying what are the differences and similitudes in such approach. Yet, it tests the explicative hypothesis that says much of obstacles it is possible to find in the Audit Courts' work are caused by some issues on formation of Brazilian political and legal systems more than by the action of some individuals or specific social groups. That is the reason that the search for solution has to be more discerning and selective – the answers can come from Law, but not necessarily come from or depends on its to be applied.

Keywords: Audit Courts, Structure and operation; Institucional obstacles; Law and Politics; Theoretical analysis; Systems Theory; Niklas Luhmann.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	10
2	A TEORIA DOS SISTEMAS SOCIAIS	18
2.1	NOÇÕES BÁSICAS E CONCEITOS-CHAVE.....	18
2.2	DIREITO COMO SISTEMA AUTOPOIÉTICO. RELAÇÕES COM O “SISTEMA-SOCIEDADE” E OS OUTROS SUBSISTEMAS SOCIAIS.....	35
2.3	DO ACOPLAMENTO ESTRUTURAL E AS RELAÇÕES ENTRE OS SUBSISTEMAS POLÍTICO E JURÍDICO	46
3	CORRUPÇÃO, PROIBIDADE E CONTROLE PELOS TRIBUNAIS DE CONTAS 58	
3.1	COMO SE ENXERGA A CORRUPÇÃO	58
3.2	A ABORDAGEM TRADICIONAL DO PROBLEMA PELO DIREITO – CORRUPÇÃO, DEFESA DA MORALIDADE E O CONTROLE	66
3.3	A ATUAÇÃO DOS TRIBUNAIS DE CONTAS NO CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	73
3.3.1	Modo de funcionamento e atuação geral	73
3.3.2	Processos de fiscalização	81
3.3.3	Processos de contas.....	85
3.3.4	Críticas à estruturação e atuação dos Tribunais de Contas	98
4	ANÁLISE SISTÊMICA DA CORRUPÇÃO E DOS TRIBUNAIS DE CONTAS . 106	
4.1	ABORDAGEM FUNCIONAL-SISTÊMICA DO PROBLEMA DA CORRUPÇÃO	106
4.2	OBSERVAÇÕES SOBRE A MODERNIDADE BRASILEIRA. ALOPOIESE OU SOBRECARGA FUNCIONAL DO DIREITO? SERIA O SUBSISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO PLENAMENTE AUTÔNOMO?.....	118
4.3	ANÁLISE SISTÊMICA DOS TRIBUNAIS DE CONTAS E SEUS OBSTÁCULOS	135
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	160
6	REFERÊNCIAS.....	165

1 INTRODUÇÃO

O objetivo desta dissertação é examinar, sob a ótica da Teoria dos Sistemas Sociais, no recorte que primordialmente lhe conferiu Niklas Luhmann, como funcionam os Tribunais de Contas, órgãos específicos de controle externo existentes (embora não exclusivos) no Direito Brasileiro e, portanto, de combate aos desvios na Administração Pública brasileira. Assim, pretende-se identificar quais seriam alguns dos problemas e dificuldades presentes nestas instituições, no que isto se ligaria às relações entre o Direito e a Política, e como isto poderia ser equacionado, em vias de lhes conferir maior efetividade no combate à corrupção e impunidade no Brasil.

Em relação ao marco teórico, a primeira reação diante da leitura de textos luhmannianos e de outros adeptos de sua abordagem da “Teoria dos Sistemas” é de certo espanto. O conjunto de conceitos específicos e aparentemente não antes utilizados no campo das Ciências Sociais, o uso de certos nomes com um sentido próprio e a própria circularidade dos escritos indicam obstáculos, à primeira vista, intransponíveis. É comum, aliás, classificar o autor alemão (e aqueles que dialogam com sua obra) na vala comum da “pós-modernidade”, o que equivale a um xingamento epistemológico: na sua obra, sobriariam conceitos ambiciosos, faltaria clareza e uma explicação coerente a respeito do que é estudado. Naturalmente, não é a posição deste trabalho.

Que se não considere esta reação absurda. Os próprios “sistêmicos” reconhecem os obstáculos ao leitor de primeira hora. Marcelo Neves (2009, p. 270), por exemplo, percebe a inexistência de poucas aplicações a casos concretos da teoria dos sistemas, o que associa à extrema complexidade do instrumental teórico, além do elevado grau de abstração do artefato conceitual.

Por isto, há de se reconhecer a existência de um aparente impasse na recepção da visão funcionalista-sistêmica difundida a partir dos escritos do professor da Universidade de Bielefeld. Mesmo professores como Mario Losano (2011, p. 303), que reputa à obra de Luhmann uma importante contribuição à Teoria Social contemporânea, considerando-a “provavelmente genial”, vislumbram o receio de que a obscuridade de algum escrito esconda não apenas o toque do gênio, mas o “vazio ou a obviedade”. Assim, boa parte do esforço em “decodificar” o texto” traria sérios problemas para um julgamento definitivo a respeito da obra.

É bem verdade, porém, que o próprio Luhmann não esconde e, mais do que isso, tenta esclarecer os motivos de certa dificuldade na apreensão inicial do texto. Assim, o enigma encontrar-se-ia na “recursividade” inerente ao pensamento científico moderno, em que um aspecto e definição depende da seguinte, numa verdadeira rede conceitual. Neste circuito, seria imprescindível a apresentação prévia de conceitos, mas haveria dificuldade em trabalhar dialogicamente, dada a multiplicidade de noções (significados) que um mesmo termo pode implicar, no discurso científico¹.

A importância da apresentação de conceitos, neste caso, é fundamental. A rigor, a proposição da sua Teoria Social ultrapassa a condição de mais uma escola sociológica, ou de uma nova abordagem de um objeto simples. O que Luhmann propõe efetivamente é uma nova gramática teórica para o estudo da sociedade. E isto não está muito longe de uma nova proposta filosófica de abordar o conhecimento, como igualmente defende Losano (2011, p. 293), na medida em que considera as obras de Jürgen Habermas e Niklas Luhmann como “um retorno às teorias universais” e que, a despeito de serem apresentadas como sociologias, poderiam ser vistas como filosofias – possivelmente não o são por mera rotulação acadêmica. Certamente, é um tanto quanto difícil definir em que ramo do conhecimento é possível inserir os escritos destes teóricos alemães.

Neste bojo, serve de guia as lições do próprio Luhmann, para quem é preciso “paciência, fantasia, habilidade e curiosidade” para imaginar o texto em ordens diferentes da que foi escrito (uma vez que a linearidade não é a tônica de seus textos).

De todo modo, avançada a compreensão inicial acerca da Teoria dos Sistemas, uma outra forma de inquirição é comum: Por que a Teoria dos Sistemas? Qual a utilidade desta Teoria e por que ela, e não qualquer outra? Pois bem, para além de algum embotamento sobre as noções da teoria (e a confusão entre mundos teórico e prático, como se este prescindisse de alguma visão de mundo teórica, em que se fundamente) que esta pergunta, em seus piores momentos, possa conter, há alguma valia nesta interrogação.

A Teoria dos Sistemas pretende colocar-se como a melhor (embora não a única) forma de perceber e descrever a sociedade no mundo contemporâneo e, neste sentido, seu processo de conhecimento aspira a superar a cisão entre sujeito e objeto. Da mesma maneira, tenta descrever um mundo em que estão diluídas as vias usuais de descoberta do sentido. Não se pode falar

¹ Destaque-se, inclusive, que Luhmann mantém-se coerente com seus pressupostos teóricos, inserindo suas teses como pertencentes a um subsistema social específico, o da Ciência.

mais num conceito como “Deus” ou “Estado” que seja suficiente para esclarecimento de todas as demandas por conhecer e saber que existem na sociedade.

É para este mundo complexo, ou seja, no qual há infinitas relações entre seus elementos que podem ser feitas e contingente, pois aquelas relações nunca são fixas e podem ser mudadas constantemente, que *a Teoria dos Sistemas busca ser um instrumento de compreensão e análise.*

Este é o primeiro e definitivo ponto: a Teoria dos Sistemas pretende explicar o mundo, e no caso específico da abordagem luhmanniana, desvendar os mecanismos por trás do que é a sociedade. Nesta missão gigantesca (e talvez destinada à insuficiência, num paradoxo bem apropriado aos enunciados sistêmicos, consoante ver-se-á ao longo de todo o trabalho), esta Teoria não abandona outras formas de perceber o mundo.

A rigor, na medida em que se tem um apanhado de visões e modelos caudatários dos mais diversos campos da ciência, não somente das chamadas Humanidades (Sociologia, Linguística), mas também pelas Ciências Naturais (Biologia), da Informação (Cibernética), não se pretende simplesmente ignorar o conhecimento do mundo, mas reorganizá-lo, sob pressupostos distintos e que sirvam para melhor descrever fenômenos e relações recorrentes, tais como ocorreriam hoje (e não numa visão estática, que trataria os acontecimentos do século XXI sob a mesma perspectiva do que ocorrera no século XIX ou mesmo antes disso).

Nisto, verificar-se-ia a inovação desta matriz teórica: cuidar do que já foi visto, sob outras lentes, mais acuradas e focadas, para que se possa manipular, em outro nível de observação, aqueles mesmos dados e informações, sob um modelo teórico específico, abstrato o suficiente para que possa descrever funcionalmente o “fenômeno social”.

A Teoria dos Sistemas apresenta-se, pois, com duas camadas de entendimento. De um lado, como teoria abrangente que é, pretende fornecer uma visão total que alcance a tudo no “mundo social”. De outro, na medida em que se percebe como uma “teoria das teorias”, ao observar o modo como outras teorias observam o ambiente, não as descarta como erradas, mas aponta suas limitações.

Em um certo sentido, seria o caso de entender que a Teoria dos Sistemas talvez possa observar coisas que outras teorias não veem, na medida em que utiliza outras lentes e outros instrumentos para realizar a operação de observação. Isto não invalida outros apanhados teóricos, pois não há pretensão de totalidade. Assim, não é necessário que se abra mão de outros

estudos, inclusive os empíricos, apenas que estes sejam dispostos no seu lugar teórico, tendo reconhecidas, de parte a parte, suas potencialidades e limitações.

Nestes aspectos, reside o escopo desta missão, a explicação do mundo social e das teorias que o informam. Naturalmente, tal meta, como já dito, é um tanto quanto inglória. Há toda a dificuldade conceitual e prática, e é irônico que os textos da Teoria dos Sistemas pareçam esbarrar no paradoxal dique da ciência de fins do século XX e do século XXI: na medida em que supõe avançar na compreensão do seu objeto de estudo, a ciência afasta-se da “linguagem natural”² e somente a um corpo especializado e iniciado de “cientistas” são dadas as chaves para aquilo.

Daí, o primeiro objetivo deste texto: usar a Teoria dos Sistemas como uma forma de compreender um problema específico de subsistemas sociais (em especial, o Direito e a Política), que é o do funcionamento dos Tribunais de Contas, ao mesmo tempo em que se usa estas linhas como uma forma de esclarecer a Teoria, i.e., não permitir que a explicação parcial da sociedade torne-se algo, por princípio, obscuro.

Contudo, dada a extensão monográfica da dissertação, este objetivo é parcialmente limitado, pois não caberia aqui uma análise de obra tão vasta quanto a da Teoria dos Sistemas Sociais (mesmo se limitada à análise da obra luhmanniana, seriam, numa contagem mínima, 72 monografias e 465 artigos³, o que ultrapassa os limites de algumas pós-graduações). Ademais, a obra de Luhmann passou por diversas fases, sendo nosso foco de interesse o momento em que à teoria são adicionados os conceitos biológicos de autopoiese (e suas derivações e consequências).

Uma vez que a dissertação não se encontra vinculada a uma linha de pesquisa de teoria pura, pretende-se um esboço de aplicação da visão funcionalista-sistêmica à estrutura e às relações entre o Direito e a Política, no que tange à abrangência e significado das noções de corrupção, controle e combate à impunidade e de um órgão específico do Estado Brasileiro, voltado, em amplo grau, ao controle daqueles desvios: os Tribunais de Contas.

Os Tribunais de Contas não encontram muitos estudos analíticos a seu respeito, a despeito de sua ampla competência, de estarem expressamente previstos nas Constituições

² No sentido de linguagem corrente, utilizada rotineiramente, na vida comum.

³ Losano (2011, p. 310) apresenta esta soma, e ainda alerta para artigos inéditos deixados quando do falecimento do professor de Bielefeld, em 1998. Uma lista mais modesta das obras publicadas em alemão, apresentada em uma tradução nacional de algumas aulas ministradas por Luhmann (2009, p. 375-411) não é menos impressionante: ali são contabilizados 53 livros e 376 artigos.

brasileiras desde 1891, de gozarem de posição privilegiada no “mapa estrutural”, especialmente por contarem com ampla autonomia na sua organização e no estabelecimento de procedimentos que inclusive acarretam em sanções a administradores de recursos públicos.

Apesar disto, é comum se deparar com críticas a respeito de sua ineficiência, dos altos custos com sua manutenção, da excessiva influência que seria exercida pela Política nas decisões ali gestadas e mesmo da falta de efetividade do que seria decidido. Contudo, as afirmações carecem de maior embasamento teórico e muitas vezes ficam em julgamentos peremptórios no âmbito da imprensa, infelizmente (dada a importância da discussão) soterrados por manchetes dos dias seguintes.

Portanto, a escolha do trabalho é de apresentar introdutoriamente alguns conceitos específicos e imprescindíveis ao uso instrumental da Teoria dos Sistemas, e só então, utilizar essas noções teóricas, em especial a de bloqueio (ou corrupção) intersistêmico, e sobrecarga de um sistema a partir de suas relações com outros sistemas, ou seja, de como é possível que um subsistema social interfira no desenvolvimento autônomo do outro – ou o que ensejaria problemas em um sistema social, a partir de seu próprio funcionamento particular. Antes da análise institucional a partir do enfoque sistêmico, serão esboçadas linhas gerais de como o Direito e a Teoria Social, em geral, vem percebendo os fenômenos da corrupção, do controle jurídico e, em especial, este órgão de controle externo, os Tribunais de Contas, inclusive em relação a seus obstáculos para uma atuação mais efetiva.

O intuito é investigar, a partir do enfoque teórico sistêmico, estabelecido por Niklas Luhmann e seguido por muitos estudiosos, inclusive brasileiros, a exemplo de Marcelo Neves, Orlando Villas Bôas Filho, Germano Schwartz, Celso Campilongo, entre outros, em contraste com visões tradicionais, a existência de falhas nos sistemas de combate à impunidade no Brasil e especialmente se há e como se opera a influência de um subsistema no outro (a Política no Direito, e.g.), contrapondo, assim, as prescrições normativa e a atuação dos Tribunais de Contas no exercício de suas funções.

Desta forma, o uso do conceito de bloqueio intersistêmico ganha relevância, tendo em vista que os Tribunais de Contas aparecem como órgãos de natureza anfíbia ou ainda não plenamente delimitadas, a despeito de serem centenários: é verdade que são jurídicos, na medida em que se organizam como Tribunais voltados à aplicação do Direito, e cujos procedimentos muito assemelham-se aos ritos judiciais, inclusive com a oportunidade de defesa, instrução probatória e decisão final, com imputação de sanção.

Todavia, também há quem os trate como políticos, pois, além de terem suas respectivas cúpulas escolhidas pelo Chefe do Executivo e pelo Poder Legislativo, num processo eminentemente político, com critérios de escolhas bastante amplos, não gozariam das características da Jurisdição, visto que suas decisões, além de sofrerem injunções não-jurídicas, não teriam algumas das características que protegem a decisão judicial. Ademais, algumas atividades de natureza consultiva, de auxílio (auditorias requeridas, p.ex.) ou *quase-administrativa* (como a homologação de aposentadorias) tornariam ainda mais complexa a percepção destas Cortes.

Esta *dupla natureza* faz com que os Tribunais de Contas tenham de lidar diretamente com pressões e setores inerentes ao domínio político (nos termos concebidos por Luhmann, diz respeito ao código do poder), ao mesmo tempo em que pretende impor e concretizar regras jurídicas gerais e abstratas em sua atuação no combate à corrupção e à impunidade na Administração Pública⁴- numa função mais próxima e própria do subsistema jurídico.

A ideia de que para o controle da moralidade na Administração Pública é suficiente a instituição de órgãos administrativos e/ou jurisdicionais e o estabelecimento de atribuições e competências legais é sedutora, por mais que seja eventualmente negada pelos sujeitos do processo político e institucional. Outra abordagem possível seria uma voltada à punição dos que incorrerem em condutas vedadas e assim, a solução estaria em atribuir penas maiores, sejam pecuniárias ou de restrição de liberdade, estas últimas para o caso de sanções penais, a título de imposição somente formal.

Ainda, poder-se-ia utilizar uma visão moralista⁵, no qual os problemas de violação das expectativas em cada Tribunal estariam circunscritos a questões de foro íntimo (como os indivíduos comportam-se diante de tal e qual situação) ou intersubjetiva (como uma moral socialmente compartilhada pode constranger os indivíduos a atuarem de uma e não de outra maneira).

A nosso ver, todas estas visões carecem de um problema comum: a falta de maior densidade teórica no diagnóstico da situação. Para que se possa intensificar o combate à impunidade e remover os obstáculos institucionais acaso existentes, é preciso estabelecer de

⁴ Isto ocorre tanto na escala federal quanto na regional, tanto com o TCU, atuante em todo o território nacional, como com os TC's estaduais (incluindo os TCM's da Bahia, Ceará, Goiás e Pará) e os TCM do Rio e de São Paulo.

⁵ Quando se fala em moralismo aqui, não se atribui qualquer juízo negativo a respeito desta abordagem. A rigor, moralista é uma visão de mundo calcada essencialmente no binômio moral/ética para que se trate de uma série de questões sociais. A nosso ver, a visão é insuficiente, por não perceber a complexidade social em sua inteireza. Isto não significa, contudo, que o termo seja pejorativo em si.

forma clara “o que se pretende curar”. Do contrário, com a dose do remédio aumentada, há o risco de que se piore ainda mais o estado do paciente.

Por isto, é preciso abordar a questão sob uma outra ótica. Seria preciso investigar e verificar por que razão os sistemas legais de combate à impunidade ora existentes no Brasil muitas vezes nem sequer parecem arranhar a questão da efetividade no controle da corrupção.

Por meio do uso da teoria sistêmica, intercalada com obras que abordem o tema da corrupção e de controle da probidade administrativa, visa-se aqui a um questionamento sobre órgãos e modos de produção jurídica/legislativa, o relacionamento com outros meios e subsistemas sociais, como por exemplo, o político e o econômico (com códigos, programas e funções próprios).

Neste sentido, vê-se como imprescindível a compreensão do modo efetivo de funcionamento do sistema jurídico do Estado brasileiro, e mais específico, o controle da corrupção e o combate à impunidade, para que seja possível elaborar soluções mais palatáveis e eficazes para o problema, como regras jurídicas que excluam a influência de autoridades políticas em atividades de combate à corrupção.

Assim, a segunda missão do trabalho é testar, de um lado, a potência explicativa da Teoria dos Sistemas (ou mais diretamente: a nossa capacidade de acionar este potencial), com um problema concreto sobre os Tribunais de Contas, seu funcionamento e os obstáculos à sua atuação, e de outro, como algumas das relações entre Direito e Política podem ser explicitadas, tais como funcionam no Brasil, especialmente a respeito da autonomia de um e outro sistema social diante das mútuas situações – algumas delas chamadas de acoplamentos estruturais, pela teoria sistêmica.

A dissertação está estruturada em dois eixos fundamentais: os marcos de partida e a aplicação da teoria, divididos em três capítulos principais de texto, além desta introdução e das considerações finais.

Assim, afora este primeiro capítulo introdutório, o segundo capítulo é o de apresentação dos pressupostos teóricos em que se lastreia a Teoria dos Sistemas. Há, então, uma tentativa de explicação sintética dos conceitos primordiais para a teoria como um todo e daqueles que dirão respeito especialmente ao objeto da pesquisa. Naturalmente, dada a extensão do marco teórico, os conceitos explicados serão aqueles úteis à aplicação com o objeto escolhido, em especial o de autopoiese, autonomia e acoplamento estrutural entre os sistemas sociais.

O terceiro capítulo tenta expor as noções básicas acerca do controle da improbidade administrativa e da corrupção, tais como estudados na Teoria Social e no Direito brasileiros. Além disso, um dos subcapítulos trata do órgão a ser estudado, sua estruturação e atuação gerais, como ele é percebido e estudado, bem como alguns dos procedimentos que o órgão encampa, e sua atuação e efetividade é sentida e prevista na sociedade.

Tenta-se estabelecer a(s) visão(ões) tradicional (is) sobre a matéria, tanto pelas Ciências Sociais descritivas quanto normativas, e a percepção dos empecilhos sentidos à atuação das Cortes, de maneira que se assente plenamente os conceitos em que a discussão proposta será lançada.

O quarto capítulo é a tentativa de analisar os temas apresentados anteriormente (corrupção, controle e os Tribunais de Contas), pela via da Teoria dos Sistemas, discutindo, sob as balizas desses pressupostos teóricos, até que ponto os sucessos e insucessos são derivados de sua composição ou se derivam da sua constituição diante do relacionamento entre Direito e Política no Brasil.

Acresça-se como dado relevante a problematização sobre se a autopoiese e a modernidade, tal como descrita por Luhmann, realmente integram a dinâmica dos sistemas sociais em qualquer hipótese, contexto em que se discute acerca da viabilidade da Teoria dos Sistemas Sociais em países como o Brasil, cuja participação na economia mundial não é de tal protagonismo quanto a dos Estados Unidos da América ou dos países da Europa Ocidental.

Em última razão, pretende-se uma síntese senão exatamente normativa, mas que possa apontar, de algum modo, conquanto mínimo, o funcionamento dos Tribunais de Contas no plano dos subsistemas político e jurídico no Brasil – e que esta clareza analítica possa contribuir com a resolução de problemas: decerto que o primeiro passo para resolver uma questão é entendê-la.

Sabe-se que há alguma dificuldade nisso, vide os problemas anunciados acima: a teoria é extensa e complexa, usa conceitos muito abstratos, tem pontos em aberto, não totalmente concretizados. Ainda, vale dizer que há um risco em tentar aproximar mundos ainda vistos como separados, inclusive no campo jurídico, e muito disto, infelizmente, deve-se à falta de conversa entre “práticos” e “teóricos”, o que tende a acarretar prejuízos para uns e outros.

Se parcialmente forem alcançados algum dos alvos acima exprimidos, já se terá chegado a grande sucesso

2 A TEORIA DOS SISTEMAS SOCIAIS

Este capítulo pretende trazer, em linhas gerais, conceitos básicos essenciais à apreensão da teoria sistêmica, tal qual introduzida por Luhmann e desenvolvida por muitos de seus seguidores, inclusive com colaborações, críticas e contraditas elaboradas em relação às teses originais. Assim, partindo do panorama mais amplo em que se enquadra a Teoria dos Sistemas no campo do conhecimento, como algo não necessariamente vinculado às Ciências Sociais, parte-se para situá-la nos estudos sobre o Direito de meados do século XX.

Depois da apresentação conceitual, há um enfoque em desvendar como a Teoria dos Sistemas explica o funcionamento do Direito na sociedade moderna, como um sistema autopoietico, que se reproduz de modo autônomo, sem referir-se a outros campos sociais. Ainda, trata-se de como a teoria percebe as relações do Direito com outros subsistemas sociais e em que sentido a autonomia de cada sistema é preservada diante das interações existentes entre esses.

2.1 NOÇÕES BÁSICAS E CONCEITOS-CHAVE

A Teoria dos Sistemas não é uma criação de Niklas Luhmann. A rigor, trata-se, na falta de termo mais preciso, de uma corrente de estudos ampla que serve de base teórica para a reflexão em diversos campos do conhecimento humano: desde a Biologia à Física, passando pela Cibernética e chegando às Ciências Sociais, onde se destacam Talcott Parsons e Niklas Luhmann, entre outros. Na verdade, o próprio Luhmann pretende ir além no seu projeto de “Ciência da Sociedade” – nele, a Teoria dos Sistemas fornece um esquematismo conceitual e teórico, mas isto não é o bastante. Nesta senda, deve-se destacar ser ilusória a impressão de que o pensamento sistêmico embute um contexto monolítico de rebate geral a alguns paradigmas tradicionais do conhecimento científico

Bertalanffy (2012) e Maria José E. de Vasconcellos (2009, p. 186) ensinam haver duas tendências básicas na visão sistêmica, uma encampada pela Teoria Cibernética e identificada como mecanicista e outra, vinculada à Teoria Geral dos Sistemas, de matriz organicista, muito utilizada pelas ciências biológicas, mas não somente: a ideia é de que a Teoria forneça princípios gerais, aplicáveis aos sistemas em geral, sejam eles de natureza biológica, física ou social.

De todo modo, não se deve falar em total cisão entre estes ramos teóricos, pois há uma influência mútua de conceitos e desenvolvimento de um em outro. Vasconcellos (2009, p. 187) fala em “desenvolvimentos paralelos”, pontuando uma convergência nas respectivas evoluções. Subsiste, porém, a questão: O que seria uma Teoria dos Sistemas? E mais, como esta seria aplicável às ciências sociais e, mais especialmente, ao Direito?

Neste sentido, percebe-se, como verá mais adiante, uma forte influência da Teoria Geral dos Sistemas nas concepções teóricas de Luhmann. Em seu pensamento, aliás, há de se ressaltar a importante contribuição da visão sistêmica de Talcott Parsons, seu professor em Harvard, conquanto haja diferenças marcantes entre as perspectivas, principalmente porque as teses de Parsons foram desenvolvidas, sobretudo, na primeira metade do século XX, sem os aportes¹ posteriores do desenvolvimento deste “novo paradigma da ciência²”. De toda forma, Parsons pode ser visto como um pioneiro no tratamento das ciências sociais sob a ótica dos sistemas.

Contudo, é enganoso, de logo, confundir o horizonte sistêmico com a própria noção de pensamento sistemático. Mesmo que originariamente aquele se vincule e apresente-se como uma decorrência³ desta, há diferenciações evidentes na direção de considerações taxativas e nada banais, quais sejam: (i) nem toda vez que se fala de sistema, está-se falando de Teoria dos Sistemas; (ii) sempre que se fala em Teoria dos Sistemas, não se cuida de qualquer organização por sistemas, mas de algum esquema conceitual específico (embora variável, como já dito).

Acerca dessa distinção, deve-se separar qualquer relação entre uma série de visões no campo jurídico que tratam o Direito como um sistema de normas do que as teorias sistêmicas falam quando tratam de sistema⁴.

Ademais, é relevante ressaltar um debate entre Talcott Parsons e George Homans, resumido por Mario Losano (2011C, p. 324-328), no qual o próprio Parsons reconhece as distinções entre um sistema tal como é por ele concebido, em oposição a uma maior rigidez do “sistema externo” europeu. O sistema de Parsons é indutivo, construído a partir de uma série de inflexões teóricas, sem a necessidade de um edifício lógico em que princípios fundamentais

1 Um exemplo: a noção de autopoiese, desenvolvida nos estudos de Humberto Maturana e Francisco Varela, publicados em 1973, na obra “De máquinas y seres vivos. Autopoiesis: la organización de lo vivo”, portanto, apenas 6 (seis) anos antes do falecimento do sociólogo norte-americano. Não se diga, porém, que T. Parsons não se utilizava da biologia em seus estudos. Como recorda Losano (2011, p. 321): “[...] o interesse de Parsons voltou-se cada vez mais aos problemas da regulação dos fenômenos sociais, recorrendo também aqui a modelos biológicos [...]”.

2 A expressão é de Maria José Esteves de Vasconcellos (2009).

3 Sobre a evolução dos estudos que abrangem a noção de “sistema” no “Direito”, há uma extensa e magistral obra “Sistema e Estrutura no Direito” (em três volumes), de Mario G. Losano.

4 V. neste capítulo, item 1.2.

fazem derivar um conceito do outro. A ideia de utilizar os esquemas conceituais, em Parsons, é ter “pontos de referências” para analisar problemas empíricos-teóricos. Para Losano (2011C, p. 333), “o sistema de Parsons é um conjunto de propostas terminológicas referentes ao mundo empírico; portanto, não é calculável, diferentemente do sistema cibernético”. Daí o já citado ecletismo com que são trabalhados os conceitos, já em Parsons, processo aprofundado por Luhmann.

Desta maneira, a Teoria dos Sistemas pretende-se como um melhor jeito de perceber e descrever a sociedade no mundo contemporâneo e neste sentido, evidentemente, coloca-se como uma superação do conhecimento da “velha Europa⁵”: aspira a superar a divisão sujeito-objeto⁶, no processo de conhecimento, bem como visa a descrever um mundo em que estão dissolvidas, ou em vias de dissolução, as formas tradicionais de descoberta do sentido. Hugues Rabault (2004, p. 347) apreende a concepção luhmanniana como inscrita num “movimento geral de pensamento” tendente a abdicar das categorias do Iluminismo (Esclarecimento) Europeu, dentre as quais pode-se destacar a de sujeito⁷. Num mundo em que há um excesso de informações e possibilidades, nos quais em um dia é possível tomar tantas decisões (por mais elementares que sejam) do que em anos de vidas passadas em outros períodos, enfim, um mundo complexo, a Teoria dos Sistemas busca ser um meio de observação e explicação.

Neste caminho, é providenciado por Luhmann um apanhado de visões e modelos que são caudatários dos mais diversos ramos do conhecimento, não somente das chamadas humanidades (sociologia, linguística), mas também pelas ciências naturais (biologia), da informação (cibernética). De modo resumido, pode-se dizer que esta teoria “[...] afirma que a sociedade apresenta as características de um sistema, permitindo a observação dos fenômenos sociais através dos laços de interdependência que os unem e os constituem numa totalidade” (ROCHA, 2013, p. 27).

Por isto, diz-se que a pretensão não é de simplesmente ignorar o conhecimento do mundo, mas reconfigurá-lo, sob um novo molde explicativo, que possibilite uma melhor

5 Em entrevista concedida a Pierre Guibentif (2004, p. 271), Luhmann discute em que sentido haveria um desdém em sua obra ao “alteuropäisch” (maneira da velha Europa) e em que sentido a história do Direito já representaria a superação deste modo de pensar, concretizado no Direito Natural.

6 Gonçalves (2013, p. 35-42) entende que o sistema de ação parsoniano já indica a superação da divisão tradicional em sujeito e objeto, ao menos quando diminuir a importância da motivação do agente, na medida em que busca nos componentes inerentes à própria ação (adaptação, instrumentalização de objetivos, integração ou manutenção de padrão) sua explicação.

7 V. abaixo a própria classificação dos indivíduos: de um lado, como “sistemas psíquicos” e de outro, como ambiente dos sistemas sociais.

descrição dos fenômenos recorrentes. E é desta forma que Rafael Lazzarotto Simioni (2014, p. 597) expõe:

A teoria dos sistemas é uma teoria bastante avançada. Ela incorpora conceitos da biologia, da Física, da matemática, das ciências cognitivas, das ciências da linguagem, da filosofia contemporânea, entre outras áreas do conhecimento. Isso permite à teoria dialogar com qualquer outra perspectiva teórica. Permite também a desconstrução e reconstrução sistêmica de conceitos tradicionais.

Nisto, residiria a grande novidade: tratar o que já foi visto, sob um outro olhar, mais detido, em que se possa articular, em outro nível de observação, aquelas informações, sob um modelo teórico específico, abstrato o suficiente para que possa descrever funcionalmente o “fenômeno social”.

Michael King (2009, p. 45) fala sobre este “duplo nível” em que se insere a Teoria dos Sistemas. De um lado, como teoria abrangente que é, pretende fornecer uma visão total que alcance a tudo no “mundo social”. De outro, na medida em que se percebe como uma “teoria das teorias”, ao observar o modo como outras teorias observam o ambiente⁸, não as descarta como erradas⁹, mas aponta suas limitações. Nestes aspectos, reside o escopo desta missão, a explicação do mundo social e das teorias que o informam.

A proposição e o uso deste novo arcabouço encaixam-se na tentativa de dar conta dos avanços da complexidade social moderna. É neste sentido que

[...] a teoria dos sistemas é apresentada como um novo viés a servir de modelo para a reestruturação do conhecimento atual, uma vez que a ciência dos sistemas segue uma lógica diversa da análise, reduzindo a complexidade e ampliando a sua gama de incidência” (TRINDADE, 2008, p. 22)

Niklas Luhmann compreende que há vias inalcançáveis pelo conhecimento empírico mas a que a visão sistêmica pode chegar, pois há uma série de questões a que o empirismo não é suficiente. Pessoalmente, o professor alemão não se considerava “totalmente hostil à pesquisa empírica” e por isto, não se diminui sua importância. Ela teria um forte papel de estudos na teoria social, ainda que limitado, como expressamente afirmou em entrevista concedida à Guibentif (2004, p. 279-285). De outro lado, percebe que as teorias sistêmicas teriam “um potencial muito maior para a complexidade”, pois envolveriam formações sociais as mais

⁸ O termo em alemão é “Umwelt”, que ganhou diversas traduções em português e espanhol. Neste, utilizaremos indistintamente as expressões “ambiente”, “meio” e “entorno”.

⁹ Luhmann (2009, p. 262, n.7) explicitamente afirma: “A Teoria dos Sistemas reconhece que o campo do social pode ser observado e descrito mediante outras diferenças [...]”.

diversas, desde a famílias até as uniões associativas, igrejas, etc (LUHMANN, 2004, p. 29-30), decompondo as complexas relações estabelecidas entre aqueles¹⁰.

Neste ponto, é importante entender que o próprio Luhmann utiliza uma linguagem extremamente recursiva e circular, num apoio constante a conceitos, que são lastreados em outros conceitos – e tal problema é reconhecido por quem estuda a partir deste arsenal teórico, como é o caso de Günther Teubner (1993, p. 38) ao tratar da articulação conceitual da Teoria dos Sistemas:

O próprio Luhmann não parece possuir uma construção conceptual uniforme de toda esta problemática. As famílias de conceitos que elaborou não nos dão uma visão de conjunto consistente, verificando-se que um mesmo critério definidor de uma dada família conceptual pode não apenas não se aplicar a todos os conceitos particulares nela integrados; como vir mesmo a ser aplicado no contexto de outras famílias.

Por isso, há, de quando em quando, para alguém acostumado ao uso do conhecimento dedutivo, a impressão de que não se avança o suficiente no estudo da teoria. Essa é uma impressão falsa, contudo. Na medida em que se participa da leitura, é desvelado um esquema conceitual, que ajuda a clarificar o estudo, realçando o potencial de análise. Já não se questiona sobre a “razão de ser” das coisas, mas investiga-se “a forma de seu funcionamento e quais as interações que tal sistema realiza com os demais sistemas, bem como as relações internas de seus elementos integrantes” (TRINDADE, 2008, p. 24).

A própria noção do que seja um sistema, sob a ótica da Teoria dos Sistemas, não é apresentada num conceito fechado, do tipo “O Direito é um sistema de normas jurídicas”¹¹ ou “Sistema é um todo que é composto por elementos sob um princípio organizativo que os transmuta em algo maior, diferente do que eles seriam, se tomados individualmente”. Chamon Júnior (2010, p. 89), em estudo crítico sobre este corpo teórico, define o sistema como “aquilo que o próprio sistema produz e reproduz”. Luhmann (2009, p. 72) vislumbra a limitação até então existente nas abordagens, bem como a presença de uma série de questões por responder, pois, afinal, não foi enfrentado o problema de delimitar o que é um sistema. Embora haja avanços, “ter recorrido às funções matemáticas [...] não chegou a consolidar uma Teoria dos

10 Ressalte-se que o texto mencionado é uma conferência dada por Luhmann ainda em 1967 e que nos 31 anos que se sucederam até seu falecimento, sua obra foi estendida em muitos sentidos e refinada em outros. O próprio trecho citado, quando menciona “sociedades”, guarda um rigor muito menor em relação ao termo do que o que se viu posteriormente.

¹¹ Pois, como Luhmann (2005, p. 124) diz: “O direito da sociedade se realiza em referência à efetuação de um código – e não em referência à criação de uma regra, seja hipotética, categórica, razoável, fática (nossa tradução, a partir da tradução em espanhol de J. Nafarrate)”.

Sistemas que pudesse ser útil à sociologia [...]”, porém, sem trazer respostas “em relação ao que seja o sistema”.

Há uma série de juízos possíveis, portanto, sobre em que consistiria exatamente um sistema. Uma interpretação plausível acerca da visão luhmanniana é de que “sistema” é um conceito direcionado à realidade – e esta é marcada pela diferença, pois é no contínuo processo de diferenciação dos seus elementos o estágio atual em que as sociedades contemporâneas encontram-se. Isto expõe Germano Schwartz (2014, p. 28) quando entende que dizer que os sistemas existem é dizer “que existem objetos de investigações com determinadas características que justificam o emprego do conceito de sistema”. Ou seja, falar em sistema é falar num esquema¹² de compreensão da realidade – e esta é construída ela mesma, pois não existe objetivamente.

À primeira vista, poder-se-ia pensar que Losano (2011C, p. 334) compreende de forma diferente, quando afirma:

[...] o sistema de Parsons, e portanto, o de Luhmann, é um sistema interno às coisas, ou seja, ontológico. A noção de sistema que Luhmann recebe das ciências biológicas é concreta: para ele, o sistema existe na realidade. Com essa noção de sistema fica esclarecida e radicalizada uma concepção que, de um lado, é profundamente diferente daquela epistemológica (para a qual o sistema é uma construção intelectual), e, de outro, é mais rigorosa que a que ele recebia de Talcott Parsons.

Conquanto o entendimento de que o sistema de Luhmann seja “ontológico” pareça uma escolha pouco esclarecedora do ponto de vista teórico, uma vez que a visão dos sistemas é radicalmente “destituída de princípios ou referências ontológicas” (SIMIONI, 2014, p. 601), não havendo um princípio ou conceito fundador o qual sirva de base para a dedução de outros, o juízo do professor italiano coincide com o de Schwartz – e o ponto crucial reside no que significa a própria realidade, sob os delineamentos desta Teoria.

A noção de realidade aqui é estritamente ligada à escola filosófica do construtivismo¹³, na qual não há uma cisão entre sujeito e objeto: a rigor, em cada sistema, i.e., em cada “esquema de observação do mundo”, o próprio observador contribui e participa da construção da realidade¹⁴. Não há um objeto externo a ser conhecido por um sujeito a ele indiferente

¹² Perceba-se que Parsons (1974, p. 15), p.ex., não se insere nesta tradição construtivista e, portanto, não nega as premissas fundamentais da separação entre conhecimento e realidade, numa visão, essa sim, ontológica. Assim, o sociólogo americano deixa claro que, a despeito dos “três subsistemas de ação, além do subsistema social” serem constituintes do seu ambiente, “nem o sistema social e nem os sistemas de personalidade são aqui concebidos como entidades concretas”.

¹³ V. Gonçalves e Villas Bôas Filho (2013, p. 35-43).

¹⁴ No mesmo sentido, Juliana Neueschwander Magalhães (2013, p. 97): “De acordo com as premissas construtivistas, a Sociologia não é apenas parte daquilo que descreve, como também constrói aquilo que

inicialmente. Em verdade, o próprio sujeito é parte daquilo que estuda. Já não há mais cisão entre mundo e pensamento e a “realidade constitui-se a partir da experiência do observador” (GONÇALVES e VILLAS BÔAS FILHO, 2013, p. 36).

Para essa faceta radical do construtivismo, há um pressuposto errôneo em tomar o “observador externo” como pressuposto do conhecimento. Quando observa quaisquer sistemas, sejam “físicos, químicos, orgânicos, psíquicos e sociais”, aquele observador já está inserido naquele próprio mundo observado¹⁵. Uma vez que ele opera, fisicamente, organicamente ou por meio das limitações comunicativas impostas por cada “objeto”, não haveria diferenças substanciais entre sujeito e objeto. Ora, em assim sendo, o próprio observador deve ser visto como um sistema, pois a observação “não é um ato único e isolado”, mas ocorre imbricada em uma série de movimentos e conhecimentos. A própria ciência é um sistema, “[...] com um conjunto específico de comunicação, precauções institucionais, e hierarquia de valores”. (LUHMANN, 2009, p. 77).

Por isto, vê-se que um sistema existe na realidade- ele existe na medida em que é útil para compreender os fenômenos – porquanto é construído, ele passa a fazer parte da própria realidade. Não se pode falar num esquema de observação que seja externo à realidade, pois ele mesmo faz parte dela. E para estudá-lo sistemicamente, outro sistema é necessário, com a complexidade (entendida como a quantidade de relações que podem ser estabelecidas entre os elementos de um sistema) inerente à sobreposição de mais um sistema.

Destarte, somente recortes parciais (e sistêmicos) podem auxiliar em operações que são essenciais para o prolongamento da comunicação, aquelas voltadas à redução da complexidade, sendo que a complexidade é situação típica da chamada “sociedade policontextural”, i.e., aquela em que não se tem somente um centro de sentido, esta em que vivemos, materializada pelo extremo aumento de informações.

Para este modo de conceber o mundo, a sociedade não é um todo homogêneo, mas um “conjunto de todas as comunicações significativas” – e são essas comunicações o seu alvo de estudo. Como lembra Rafael Simioni (2014, p. 603), a Teoria é motivada pela ambição em dar

descreve (e, portanto, a si mesma). Tal fato implica se negar uma concepção de conhecimento pautada na linearidade da relação sujeito/objeto.

¹⁵ Reitere-se que esta é uma visão não adstrita ao Direito ou às chamadas “humanidades” – ao contrário, cuida-se de influência de outros ramos do conhecimento. Capra e Luisi (20014, p. 105) recordam esta circunstância quando explicam: “A característica da importância crucial da teoria quântica é o fato de que o observador não apenas é necessário para observar as propriedades de um fenômeno atômico, mas também é necessário até mesmo para produzir essas propriedades. Minha decisão consciente de como observar, digamos um elétron determinará até certo ponto as propriedades do elétron”.

conta da complexidade e diversidade dos pontos de vista do real. São os muitos contextos que a qualificam, portanto.

Antes de penetrar neste universo de distinções e paradoxos, é preciso destacar, seguindo Caroline Kunzler (2004, p. 127-132), uma série de premissas estabelecidas na teoria funcionalista-sistêmica, quais sejam: (i) de que a sociedade é concebida como um sistema, assim como são sistemas os indivíduos (sistemas psíquicos), seres biológicos (sistemas vivos), e outros sistemas inanimados (não-vivos -havendo um contraste deste com aqueles, na medida em que faltam-lhe as características da auto-reprodução e conseqüente autonomia) ; (ii) que este sistema é composto não de sujeitos, mas de comunicações; (iii) que o sistema social está em um entorno referido (ambiente), sem que com ele se confunda, ainda que retire dali os elementos que compõem sua existência- mas numa espécie de recriação, conforme (iv) a criação de regras próprias pelo sistema, de modo que ele próprio define as suas condições de “sobrevivência” de acordo com (v) um código diferenciador, próprio de cada sistema (e subsistema), marcador de sua diferença, por meio de um aspecto binário.

O ponto essencial para a compreensão do que seja um sistema é a diferença. Um sistema só é visto como sistema, quando se distingue do seu ambiente (entorno ou meio). Neste contraponto entre sistema e ambiente estão os fundamentos para se entender como funciona um sistema na compreensão de Luhmann (2009, p. 80). Ambiente é tudo aquilo que não é sistema – e o que distingue um sistema do ambiente é, sobretudo, sua função – a partir da qual suas operações serão desempenhadas, a partir de suas estruturas próprias. Por isto, é que se diz que é na diferença que o sistema encontra a sua própria identidade, sua unidade.

Simioni (2014, p. 617) informa que um sistema é caracterizado não exatamente por um grupo de elementos combinados, mas por um conjunto de operações com certa continuidade temporal, de maneira que sua presença no mundo pode ser atestada pela continuidade de uma estrutura que garanta o progresso dessas operações¹⁶ ao longo do tempo, num mecanismo reprodutivo que faz perdurar sua (do sistema) existência.

Repare-se na circularidade da descrição, pois não se advoga que “o sistema é um grupo de elementos X, combinados de modo Y”. Na verdade, a teoria simplesmente enuncia: sistema é algo que existe, de maneira diferenciada do ambiente. Dada sua existência, uma série de operações garantem sua reprodução e continuidade temporal – e são essas operações que mantêm sua distinção e nos fazem perceber e, então, enunciar: “Aí está um sistema”. Ambos

¹⁶ Operações nada mais são que “eventos” (MAGALHÃES, 2013, p. 98)

os sistemas, psíquicos ou sociais, “desenvolvem suas operações como operações observantes que permitem que o sistema por si próprio se distinga do seu meio envolvente”, de maneira que a operação só encontra lugar no próprio sistema. E neste quadro, o conhecimento ocorre na cisão entre o que é sistema e o que é ambiente (RABAULT, 2004, p. 350).

Um conceito-chave para consignar diferenciação e (portanto) identificação do sistema é o de forma, retirado da obra do matemático Spencer-Brown¹⁷. A forma é sempre forma de uma distinção, de uma diferença. Para que se fale em forma de algo, tem de se delimitar um marco, uma fronteira entre aquele algo e tudo mais que não o seja. Este é o limite da forma, segundo Luhmann (2007, p. 40-41):

As formas já não se podem considerar-se mais como configurações (Gestalten) mais ou menos belas, mas sim como limites, como marcas de uma diferença que obrigam a esclarecer o lado que se assinala quando se diz encontra-se em um lado- desde o qual tem que começar para proceder com novas operações. O outro lado do limite da forma vem dado simultaneamente¹⁸.

A partir deste conceito é que se deve investigar as operações de um determinado sistema. O que é curioso nesta noção é que aí está embutida uma conclusão paradoxal: sempre que se fala em algo, seria possível remeter a tudo que não o constitui. Sendo mais concreto: quando se fala na forma do que é, p.ex., o Direito, traça-se um limite em relação a tudo aquilo que não seja Direito – e há sempre esta ligação de retroalimentação entre o que se deliberadamente escolhe como parte da observação. Contudo, isto nem sempre ocorre. Como no exemplo de Luhmann (2009, p. 86):

Ao se pretender estabelecer uma distinção entre homem e e mulher, por exemplo, é preciso marcar aquilo que deve ser considerado do outro lado da forma. Em contrapartida, para indicar que algo é um microfone não se necessita da distinção, mas apenas da indicação de que o objeto permaneceu colocado sobre um espaço que não está marcado [...] temos dois tipos de distinções [...]

Assim, é preciso saber qual a distinção que se faz – se é uma distinção estrita ou uma indicação. Sempre, porém, há a marca da forma. A aplicação disto no campo da teoria social diz respeito a esta caracterização do sistema/meio como forma e seria possível perceber o sistema como “[...]uma forma de dois lados, e que um desses lados (o do sistema) pode ser

¹⁷ A obra de referência de Spencer-Brown é “Laws of Form”, publicada originalmente em 1969.

¹⁸ Esta é a nossa tradução, a partir da versão em espanhol do texto, feita por Javier Torres Nafarrarte: Las formas ya no pueden considerarse más como configuraciones (Gestalten) más o menos bellas, sino como límites, como marcas de una diferencia que obligan a clarificar el lado que se señala cuando se dice encontrarse en un lado —desde el cual hay que comenzar para proceder con nuevas operaciones. El otro lado del límite de la ‘forma’ viene dado simultáneamente.

definido mediante um único tipo de operador [...]. A forma é o meio de se estabelecer a diferença entre os dois lados e para quem lado exista é mister a presença do outro, e os dois são condicionados pela existência deste traço que os delimita. Assim, é que se diz que a identidade é um lado da diferença. Nessa senda, até pode-se dizer que “a condição de existência da autonomia é a existência de outra parte diferenciada”, sem que uma dependa ou predomine sobre a outra. Nisto, resulta um dos muitos paradoxos (nunca negados) teóricos: para que exista A, deve existir o não A. Sem ambiente, não faz sentido falar em sistema, pois.

De logo, tem-se que a teoria luhmanniana enriquece seu léxico com um forte grau de abstração – e é um desafio evitar ruídos na sua recepção. O conceito tradicional¹⁹ de sistema, como já dito, trata da relação entre elementos, ou numa exposição de uma ordem a eles inerente (sistema interno) ou como sistema externo, i.e., a estrutura de o sujeito reúne e lança mão com o intuito de entender o caos do objeto de estudo (LOSANO, 2011A, p. 61). Como lembra Simioni (2014, p. 618), o termo era utilizado com “interesses predominantemente classificatórios e teóricos”, no qual um sistema se caracterizava pela soma das partes, circunstância em que a unidade sempre excedia os elementos separados.

Desta feita, há uma originalidade no conceito de sistema utilizado pela abordagem sistêmica, como ensinam Cademartori e Duarte (2009, p. 174) – e aí se detecta: o que caracteriza um sistema é a diferença entre ele e o ambiente. Assim, ele é, conforme Simioni (2014, p. 618), “[...] uma sequencialização temporal de operações estruturadas na forma de uma diferença em relação a todos os outros tipos de operações estruturadas que ocorrem no ambiente do sistema”.

Como se vê, a partir deste encaminhamento da questão, se a forma é um conceito que serve à delimitação do sistema em relação ao ambiente, ela não é suficiente para que se estipule seu modo de funcionamento. Descrever que um sistema é algo diferente do ambiente (p.ex., o sistema jurídico diferencia-se do ambiente), não faz com que se saiba o que distingue o sistema jurídico de outros (p.ex., a Política ou a Economia). Sabe-se que são diferentes, mas como?

O que compõe o sistema não são elementos ou partes em si, porque, efetivamente, nenhuma parte existe por si só. A indicação de uma parte implica estar-se em plano de atualização do sentido inserido no tempo. Quando se fala em forma, vê-se sempre um lado, com a presença do outro a ser definido (CADEMARTORI e DUARTE, 2009, p. 174).

¹⁹ Se é que é possível falar em “um” conceito tradicional de sistema, dado o longo uso de termos com este sentido, desde a Antiga Grécia. A própria noção de sistema interno e externo sofre longo desenvolvimento, com idas e vindas e séculos de definições e incrementos. Sobre a “História Semântica do Termo ‘Sistema’”, v. Losano (2011A, p. 3-211)

E isto vale para todos aqueles sistemas enunciados, inclusive os Sistemas Sociais. Se Parsons²⁰ (1974, p. 15) entendia sistemas sociais como “constituintes do sistema mais geral de ação”, para Luhmann, consoante já exposto, os sistemas sociais, inclusive o jurídico, são compostos de comunicação. Ainda que haja continuidade, há graus acentuados de ruptura entre as postulações de Parsons e Luhmann (2007, p. 9). Este reconhece a teoria sociológica do americano como a única sistemática existente até o momento, apresentada como uma teoria geral do sistema e da ação, uma codificação do saber dos clássicos. Todavia, o alemão questiona os limites da teoria do professor de Harvard, porque “deixa abertas as questões de autoimplicação cognitiva” [...] porque não diz muito sobre o grau de congruência entre a conceituação analítica e a formação real dos sistemas”. O teórico europeu questiona, enfim, que a Teoria Social parsoniana não percebe a si mesma como uma ação social, passível de ser estudada.

Ademais, Luhmann (2007, p. 11-12) vê uma série de impasses na teoria social contemporânea que obstaculizariam o seu desenvolvimento no estudo de uma sociedade cada vez mais complexa. Os problemas seriam: a) ao mesmo tempo, gigantismo e reducionismo na percepção de que a sociedade é constituída por homens concretos e suas relações: ao mesmo tempo em que exigiria a concordância de opiniões e da complementaridade entre os objetivos de todos os homens ou de boa parte deles, reduz os indivíduos em sua singularidade para que se alcance a noção de “sociedade; (b) de outro lado, a visão de que as sociedades são unidades regionais, variáveis territorialmente de país a país seria muito simplista e (c) a ideia de que se poderia observar externamente estas “sociedades”.

Sua visão do “sistema sociedade” não se caracteriza por nenhuma essência ou moral que sintetize o conceito. A rigor, o que definiria a sociedade seria a operação que produz e reproduz o sistema: a comunicação. A definição de Luhmann (2007, p. 48-52) para comunicação é a de um acontecimento que se passa de maneira histórico-concreta, que depende, portanto, de contextos – não se tratando de mera aplicação de regras. A comunicação, processo que ocorre em três etapas (informação, mensagem e compreensão) é um acontecimento “atado ao tempo” – e por isto, sempre que é terminado, encerra-se.

Assim, volta o alerta sobre como a teoria sistêmica luhmaniana encara a sociedade: é um sistema composto de comunicação e não de seres humanos. Como lembra Trindade (2008,

²⁰ Juliana N. Magalhães (2013, p. 96) explica a guinada parsoniana: “[...] a ação social deixa de ser atribuída diretamente ao indivíduo[...] Parsons estabelece que as ações sociais são as operações com base nas quais se constroem os sistemas sociais. A ação é, dessa forma, descrita como uma “propriedade emergente” da realidade social [...]”

p. 34), “para a teoria sistêmica, o que deve ser levado em conta em uma sociedade são as comunicações entre os sistemas e seus elementos. O indivíduo não pode ser considerado como elemento formador do sistema social”. Este, dada existência de espécies distintas de sistemas, é ele mesmo sistema, só que psíquico²¹. Curiosamente, os indivíduos são vistos também sob a perspectiva sistêmica²², o que verdadeiramente desloca a humanidade do centro do sistema de conhecimento – daí a frequente crítica de alegado “anti-humanismo” desta perspectiva.

Os indivíduos constituiriam mesmo parte do ambiente, mas não seriam constituintes da própria sociedade, pois não são eles os responsáveis pela realização da operação de comunicação – conquanto as consciências individuais estejam inseridas neste contexto. Eles até observam, mas não produzem o sistema social²³. Afirmar o contrário seria ter de tratar bilhões de pessoas (e suas respectivas consciências e corpos) como indispensáveis à concretização de um conceito de sociedade, uma tarefa impossível (LOPES JR, 2010, p. 339; 2012, p. 152; TEUBNER, 1993, p. 45-46). Por isto, como ensina Villas Bôas Filho (2009, p. 36-37), o conceito de comunicação, na Teoria dos Sistemas afasta-se do de intersubjetividade, criticado em sua imprecisão: pressupõe a noção de sujeito, mas ao mesmo tempo dela se afasta, dado que a transcende (pois não se limita às consciências).

Para Luhmann (2007, p. 57), a comunicação é objetivamente a única operação social, porque “pressupõe o concurso de um grande número de sistemas de consciência”, mas “não se pode atribuir-se como unidade a nenhuma consciência individual”.

Em um certo grau, como parte do ambiente, os indivíduos são “condição de possibilidade” do processo comunicativo, uma vez que servem de veículos, mas não são em si elementos da sociedade, sendo, a rigor, irrelevantes os estados de consciência para a operação comunicativa em si. Importa pouco o que se pensa, mas o que efetivamente se emite e recebe.

Uma bem cuidada metáfora tecida por Marcelo Neves (2009, p. 262), os indivíduos são para o sistema o que são as condições atmosféricas para a vida. A vida não se define pelo oxigênio, p.ex., mas sem ele, não resta a possibilidade de que este fenômeno ocorra. Isto não retira a importância do ser humano, ao contrário do que é afirmado. Gonçalves e Villas Bôas Filho (2013, p. 55 e 56) sustentam que o contrário ocorre. Ao libertar o homem da prisão do

²¹ Trindade (2008, p. 34) fala em indivíduos como combinações de sistemas: vivos e psíquicos.

²² Luhmann (2009, p. 260): A Teoria dos Sistemas, com base na operação, deve definir exatamente a operação e o conceito de tempo que fazem emergir o sistema, de tal modo que um sistema só possa se reproduzir mediante um tipo de operação, e não por uma mistura de todos os elementos possíveis: físicos, biológicos, psicológicos. Com tal opção teórica, há necessidade de fazer uma separação radical entre sistemas sociais e sistemas psíquicos (...)

²³ V. a boa descrição de um crítico às teses luhmannianas em Chamon Júnior (2009, p. 93)

conceito abstrato de “sujeito” da tradição europeia, as diferenças entre os indivíduos restavam eliminadas. Ao reconhecer que cada homem está no “horizonte de possibilidades” do processo comunicativo, esta versão da Teoria dos Sistemas colocaria o homem como “máquinas históricas autorreferenciais”, produtor das próprias ações. Luhmann (2009, p. 259) entende que esta visão oferta mais possibilidades de pensar esta tendência ao individualismo do mundo contemporâneo.

Portanto, não se deve falar em descarte do ambiente e nisto, Luhmann (2009, p. 253-262, esp. p. 259) é taxativo. Dada a importância dos conceitos de forma e unidade/diferença, resta claro que não existe sistema sem ambiente.

Assim, não se pode falar que a Teoria dos Sistemas é uma “teoria da sociedade sem homens”, mas, na verdade, uma teoria que, a despeito de reconhecer a imprescindibilidade da figura humana, pretende realizar observações que se distanciem de ações separadas, de maneira que se consiga um retrato mais amplo do que é e como funciona uma sociedade. Como Neves (2009, p. 262) expõe, há um problema a ser enfrentado pela sociedade, pois os indivíduos são sistemas diferenciados, que guardam sua própria autonomia e ainda assim, guardam uma relação de interdependência²⁴ com a sociedade. É uma questão metodológica, em que não se chega a “um juízo de valor concernentemente à posição do ser humano” – reitere-se, parte do ambiente em que ocorrerá a comunicação.

Desta forma, a sociedade é uma rede de operações comunicativas, eventos complexos constituídos por uma informação (sempre surpreendente, uma *suboperação* em que uma dentre várias possibilidades é selecionada para inovar), exteriorizada num ato (mensagem) dirigido a um ou mais indivíduos que devem recepcionar e entendê-la (compreensão²⁵) para que esta complete o ciclo, fornecendo sentido^{26 27} (LOPES JR, 202, p. 152).

²⁴ Sobre o uso da expressão “interdependência”, Campilongo (2011C, p. 94) percebe problemas, por considerar que não há somente uma “(...) dependência recíproca, mas sim de duas interdependências que ocorrem em dois distintos níveis”.

²⁵ Que não se pense que os sistemas psíquicos participem diretamente da operação. Villas Bôas Filho (2009, p. 41) ilumina a questão: “Compreensão, entretanto, não pode ser entendida nesse contexto como um estado psíquico, mas tão-só como uma condição para que uma comunicação possa seguir adiante [...] não significa que ego aceite a informação que foi emitida por alter [...]. Importa é que ego compreenda a diferença entre as duas seleções que são a mensagem de alter e a informação”.

²⁶ Para Luhmann (2007, p. 50), este conceito exclui um “primado ontológico” da teoria, visto que não se parte de um mundo objetivo do qual se fala posteriormente. A comunicação cria para si mesma o “médium” de sentido a partir do qual se enlaçará, circularmente a próxima operação.

²⁷ Simioni (2014, p. 659) ainda se refere a uma quarta etapa, a de aceitação ou negativa da informação. Esta, embora seja irrelevante para a continuidade da comunicação, pode dar motivos para a continuação da comunicação e da autopoiese (por meio de explicações em relação a negativas, etc.). Segundo Villas Bôas Filho (2009, p. 41, n.109), Luhmann considera esta etapa apenas como “atos de enlace”. Também é o entendimento de Kunzler (2004, p. 133).

Uma vez que são esses eventos (ou seja, as operações) que determinam a própria reprodução do sistema, a cada vez que uma operação é encerrada, faz-se preciso sua retomada para que o sistema permaneça “ativo”. Ou, nas palavras de Luhmann (2007, p. 52): “A necessidade de estabelecer uma sequência no tempo – assim o podemos resumir – obriga a diferenciação entre sistema e ambiente e, dentro do sistema, obriga o fechamento operacional dos seus recursos²⁸”.

Portanto, a circunstância que confere a unidade aos sistemas sociais é a diferença que uns guardam em relação aos outros. A unidade do sistema só pode ser observada enquanto tal, quando é reproduzida em toda e qualquer operação de um determinado sistema.

Aquela distinção é a forma necessária que garante a diferença do sistema jurídico de um subsistema, como o da moral, o que é uma exigência da Modernidade, dado o aumento de complexidade notado nas sociedades atuais. O processo histórico, com sua inerente complexificação, traduzida no aumento de informações, restou por encerrar a noção de uma moral única, de uma instituição específica que impõe um certo sentido nas condutas — o mesmo pode ser dito em relação a concepções políticas, modo de comportamento econômico, etc. — e isto é traduzido pela via da autonomia sistêmica (CHAMON JUNIOR, 2009, p. 99-100).

O Direito — assim como a Política, a Economia, entre outros —, “é um sistema que pertence à Sociedade e também a realiza”, como lembra Chamon Junior (2009, p. 94), sendo marcado pela complexidade, como todo sistema social, e se realizando por meio de operações de comunicação. A organização é o que confere a qualidade de “complexo” a certo sistema, uma vez que isto decorre da arrumação dos seus elementos, como falam Abboud, Carnio e Oliveira (2013, p. 116).

Este processo de diferenciação não significa a decomposição de um todo (o sistema social) em partes menores (os subsistemas), pois esta seria uma referência voltado à tradição “vétéro-europeia”, o que não é o caso da Teoria dos Sistemas. Segundo ela, a diferenciação é “a aplicação da construção sistêmica a seu próprio resultado”, ou seja, a construção recursiva de sistemas sociais a partir da forma sistema/ambiente.

Neste ponto, o sistema total apresenta-se ante o sistema parcial como a unidade da diferença entre sistema parcial (subsistema) e seu ambiente, criando ambientes internos no próprio sistema (LUHMANN, 2007, p. 473). No sistema social, há o subsistema jurídico, com

²⁸ Esta é a nossa tradução da versão em espanhol de J. T. Nafarrate: La necesidad de establecer una secuencia en el tiempo —así lo podemos resumir— obliga a la diferenciación entre sistema y entorno y, dentro del sistema, obliga a la clausura operativa de las recursiones.

todo os demais subsistemas compondo seu ambiente. Assim, a economia, a educação, a arte, a família, dentre outros, constituirão ambiente do subsistema jurídico, ainda que tudo o mais integre o sistema social. De toda forma, cada um sistema guarda sua especificidade, tendo em vista suas “condições de sobrevivência”, seu código e sua função.

Os sistemas, na visão luhmanniana, não são considerados completamente fechados, como são as máquinas, mas também não podem ser percebidos com total abertura, o que poria em risco sua diferença em relação ao ambiente. Um sistema que é completamente aberto termina por dissolver-se no ambiente, perdendo a característica da sociedade moderna, que é a diferenciação funcional. Houve, a rigor, uma guinada em relação à categoria tradicional dos sistemas abertos. Nesta, a relação entre sistema e ambiente era explicado pelo esquema input/output (entrada/saída), representado num tradicional gráfico de caixa em que as passagens entre sistema e ambiente são controláveis num fluxo constante, garantido afinal pela própria caixa, que simbolizaria a estrutura do sistema. Como Simioni (2014, p. 621) explica, “a estrutura mantinha as operações abertas do sistema dentro do sistema mesmo, evitando assim a perda da identidade do sistema. Quanto mais estruturado, mais liberdade de operações possuía o sistema”. Na saída (output), ele desempenhava determinada função para a sociedade, ao passo que recebia na entrada (input) as informações e interferências dos demais sistemas. A partir dos anos 80, sob influência de trabalhos da cibernética, biologia e matemática, Luhmann passa a tratar a relação do sistema com o ambiente sob outro marco diferencial, o da autorreferência (e heterorreferência).

Sob este aspecto, para que os sistemas possam se reproduzir com certa coerência e grau de autonomia, é relevante algum grau de fechamento, é dizer, somente dentro do próprio sistema pode haver sua fundamentação e reprodução, por meio de alguma operação específica — assim, as operações jurídicas só dizem respeito a uma construção interna do próprio Direito (o mesmo vale para Economia ou a Religião, a Arte ou a Educação, sempre importante ressaltar). Um “único tipo de operação produz o sistema, sempre e quando medeia o fato tempo” — e é no recurso constante a esta operação que se tem um sistema (LUHMANN, 2009, p. 89).

Esses sistemas fazem referência somente a si em suas operações, transformando informações, sob seu código, em novas informações. A heterorreferência, neste contexto, é a diferença entre as operações de um e as operações de todos os demais sistemas. Aqui, a estrutura já não é mais fixa, mas também construída pelas próprias operações, segundo Simioni (2014,

p. 622), é apenas a memória²⁹ do sistema.

Luhmann ainda agregou mais complexidade à sua teoria quando adotou o conceito de autopoiese, com o fim de entender o início e o fim dos sistemas. A definição de autopoiese³⁰ foi utilizada pela primeira vez na obra de Maturana e Varela (1973, p. 69), quando estes tratavam os seres vivos como estruturas assemelhadas às máquinas, mas com características peculiares, de serem organizadas como sistemas de processos reprodutivos que dão vazão a componentes que geram os processos de produção, sendo que estes ocorrem por meio de suas próprias transformações.

A despeito da circularidade conceitual, é possível traçar suas balizas: autopoietico é um sistema que produz a si mesmo, a partir de suas transformações. Isto não significa, porém, que o sistema dá origem a si mesmo, pois esta é propiciada pela diferenciação funcional. O sistema ser autopoietico indica que ele produz e reproduz os elementos que o constituem. É preciso, no caso, algum grau de recursividade, de maneira que as operações possam reconhecer o tipo de operações que pertencem ao sistema (e excluir as não-pertinentes). Em um exemplo, o Direito só se torna real, i.e., efetivo por meio das operações que produzem e reproduzem seu sentido específico.

Uma estrutura importante de reconhecimento é chamada de código. A partir desta forma que orienta a especificidade da comunicação, é que se pode identificar de que subsistema se cuida – e servirá de orientação e indicação às operações do sistema. No caso do sistema jurídico, e.g., o código³¹ é “lícito/ilícito”: a partir desta distinção, produzida pela autopoiese, é que as comunicações jurídicas serão operadas, distinguindo as operações do sistema de outras operações.

Aqui, mais um paradoxo torna-se inevitável. Como é que um sistema pode-se abrir e fechar simultaneamente? Em que seu fechamento significa abertura?

Segundo Luhmann (2009, p. 103) a possibilidade de conhecer é diretamente ligada a

²⁹ Para Luhmann (2009, p. 114), a memória “não é um passado armazenado [...]”, mas “[...] uma espécie de prova de consistência que não demanda a especificação de quando ocorreram os acontecimentos; fala-se alemão, e não é preciso recordar quando se aprendeu o idioma [...]”.

³⁰ Neves (2008, p. 61) noticia que a concepção de Luhmann afasta-se dos biólogos chilenos, “na medida em que nela se distinguem os sistemas constituintes de sentido (psíquicos e sociais) dos sistemas não constituintes de sentido (orgânicos e neurofisiológicos)”.

³¹ A importância do código é tamanha que ele pode configurar como do sistema jurídico decisões que nem são tomadas pelos atores tradicionais do Direito, e com ele identificados. Mesmo que uma decisão seja tomada no âmbito da Política, se fosse feita com base na distinção lícito/ilícito, esta seria primariamente jurídica e não política, cf. Simioni (2014, p. 713). Isto é um caso de corrupção sistêmica, aliás, e não é a regra, porém, tendo em vista que os atores tradicionais posicionam-se em “sistemas de organização responsáveis pela atualização do sistema”, i.e., estruturas próprias para a produção de sentido, conforme o código, função e programas do sistema. V. item 1.4.

operações incapazes de se relacionar com o ambiente. Somente na medida da sua reprodução isolada, é que um sistema alcança respostas satisfatórias (conquanto provisórias, se tomadas sob uma ótica ontológica ou racionalmente absolutista). A partir do seu código, “o dispositivo que permite ao sistema operar”, sua “garantia funcional” (CADEMARTORI e DUARTE, 2009, p. 181), o sistema seleciona, dentre diversas possibilidades de comunicação, aquelas que interessam à sua reprodução, conforme sua identidade.

Também como aspecto do fechamento operacional, além do código, é preciso dizer que a autopoiese trouxe modificações à própria ideia de função de um sistema social. Esta deixa de ser a finalidade ou objetivo social de um sistema e passar a ser o motivo que fundamenta a produção e reprodução de suas operações. Não é o “para que existe”, mas sim “afinal, por que existe?”. Simioni (2014, p. 631) diz, então, que função é aquilo que só o sistema pode desempenhar para a sociedade – não é algo que diga respeito ao sistema em si, mas externo. O sistema só se conserva quando preserva sua utilidade, i.e., somente se corresponder à solução de um problema específico da sociedade. Se um sistema exerce a mesma função de outro, perde a sua razão de existir – e a tendência é que se dissolva no ambiente.

Isto não significa isolamento absoluto, porém. Em sua reprodução contínua, o sistema termina por ganhar complexidade, e, continuamente irritado pelo ambiente, dá vazão a uma abertura cognitiva, trazendo mais informações que serão codificadas e consignadas em informação específica. Entrementes, há sempre a possibilidade de capturar externamente elementos³² que informem o sistema jurídico — aqueles, no entanto, sempre serão convertidos por meio do código lícito/ilícito para que façam parte do sistema jurídico.

Ora, é assim que

[...] os fatos, assim como toda construção de linguagem, podem ser observados como jurídicos, econômicos, antropológicos, históricos, políticos, contábeis, etc.; tudo dependendo do critério adotado pelo corte metodológico empreendido [...]. [...] o Direito não pede emprestado conceitos de fatos para outras disciplinas. Ele mesmo constrói sua realidade, seu objeto, suas categorias de significação (CARVALHO, p. 275).

É pressuposto de um sistema operacionalmente fechado que ele seja “irritado” por fenômenos externos, abrindo-se cognitivamente e retirando do ambiente os elementos que permitam sua evolução, com aumento de informações e de sua complexidade.

O sistema jurídico, no caso, é *fechado em suas operações*, de modo que seja mantida

³² A rigor, os elementos externos restam por excitar o sistema jurídico, que, dada sua abertura cognitiva, resta por convertê-lo em elemento do sistema jurídico, etc.

sua autonomia e sua função, a de estabilizar expectativas. Os conceitos e o modo de produção das normas jurídicas, portanto, funcionam em um subsistema próprio, de maneira que sua organização confira maior efetividade a seu papel social. Isto não significa que o fenômeno jurídico mantêm-se estanque ou num nível de abstrativização alheio a outros campos e à própria realidade - daí a *abertura cognitiva*, brecha pela qual entram as informações outras, que, transformadas pelo código jurídico (ou seja, passam a ser consideradas sob a ótica jurídica), vão informar o subsistema em seu ciclo de operação.

Em verdade, numa sociedade complexa, é tomada como um dado a constante irritação do sistema pelo ambiente (entorno), porquanto a circunstância de o meio produzir mais informações enseja mais complexidade e fornecimento de informações ao próprio sistema. Não é à toa que o Direito contemporâneo regula as mais diversas situações, impensadas de serem tratadas por outras ordens jurídicas ao longo da história. Como funciona e se estrutura o sistema jurídico na sociedade complexa, sob a ótica da Teoria dos Sistemas?

2.2 DIREITO COMO SISTEMA AUTOPOIÉTICO. RELAÇÕES COM O “SISTEMA-SOCIEDADE” E OS OUTROS SUBSISTEMAS SOCIAIS

A marca da sociedade contemporânea é a complexidade, entendida como a existência de mais possibilidades do que se possa realizar (LUHMANN, 1983, p. 45). A tendência inexorável de seu aumento, ensejada pelo aumento de informações e de possíveis relações aumenta o impasse da improbabilidade da comunicação. Esta, por ser uma seleção de possibilidades, torna-se ainda mais custosa – e a solução encontrada pelo sistema social para incrementá-la é a especialização de funções, i.e., de possíveis soluções comunicativas que possibilitam o encaminhamento e a compreensão de mais mensagens.

Dada a maior dificuldade de obter o consenso, a solução encontra um sucesso paradoxal: se a comunicação é alcançada, de um lado, de outro, mais informações específicas são criadas e manejadas, conforme os distintos códigos e estruturas que cada subsistema possui, o que resulta em aumento de complexidade³³ e incremento das chamadas “pressões seletivas”: é preciso que os sistemas refinem e depurem ainda mais o conjunto de informações, dando continuidade ao processo comunicativo.

Se já foi dito que, para Luhmann, a sociedade é um sistema de comunicações, é preciso

³³ Uma vez que a complexidade parte da atuação dos sistemas, ela é chamada de “organizada” ou “estruturada”, consistindo “o problema da racionalidade” em discutir a possibilidade de que a redução da complexidade apreensível gere aumento de complexidade. Em Neves (2012, p. 200) e Kunzler (2004, p. 125).

acrescer que nela já não há mais uma “fórmula universal de inclusão”. Assim, se nas sociedades estratificadas, a religião ou a moral poderia servir como maneira de inclusão, isto já não ocorre em sociedades complexas e diferenciadas, sem um centro único de sentido.

Além da complexidade, as chamadas sociedades policontexturais têm outra característica marcante, que é a contingência. Esta denota a possibilidade de mudança (das estruturas e mecanismos de auto-produção e inclusive de seus resultados positivos). Todo e qualquer subsistema social pode sofrer diversas modificações em sua “constituição”.

Esta combinação intrínseca³⁴ entre complexidade e contingência (de um lado, a existência de mais possibilidades do que se possa realizar, de outro, a possibilidade de que haja mudanças diversas nas estruturas e operações dos subsistemas) geram consequências. Devido à necessidade de aplacar esta irritação constante gerada por mais informação, que fomenta mais questões comunicativas e demanda mais soluções, há uma constante “subdivisão” do sistema social em subsistemas, conforme a especialidade da função que desempenham, ou seja, consoante as respostas oferecidas para a resolução de problemas sociais. Como lembra Juliana N Magalhães (2013, p. 99), na modernidade, “a estrutura social é orientada primariamente pela diferenciação funcional, com a especificação de sistemas sociais voltados para a solução de determinados problemas sociais” (MAGALHÃES, 2013, p. 99). Por isto, a função separa o sistema do ambiente, mas a constante especialização das funções faz com que surjam distintos sistemas.

Este processo de diferenciação funcional é historicamente situado, não sendo algo que surgiu no século XIX ou XX. A questão da positivação do Direito (i.e., de como este se torna algo exposto, efetivamente real e sindicável) vem de muito tempo, pois “a legislação não é uma invenção da atualidade”, lembra o próprio Luhmann (1983, p. 228). O processo histórico de diferenciação funcional vem desde a sociedade pré-moderna e é infinito, pois os parâmetros de conveniência social estão em constante modificação (LOPES JR., p. 154-155). A estes desafios, o subsistema social responde com mais funções especializadas.

E é a partir delas que o sistema é estruturado com sua própria identidade, conferida também por seus respectivos códigos, programas e *media* (meios). Simioni (2014, p. 626) afirma que a manutenção da identidade de cada sistema diante do ambiente é a diferença que todo sistema traça ao realizar suas operações. Nesta senda, De Giorgi (2011, p. 185) explica

³⁴ Luhmann (1983, p. 226) especifica este contexto da seguinte maneira: “Com essa multiplicação explosiva das possibilidades da experiência e da ação aumenta também a contingência do experimentar e do agir na sociedade. Todo o sentido palpável passa a ser iluminado por outras possibilidades, é relativizado e problematizado”

que, dada a diferenciação do sistema da sociedade em sistemas por função, se o sistema estiver cumprindo sua função, não tem como ser substituído por outro. Em última instância, tem-se que a função é a característica primordial na distinção dos subsistemas sociais, sendo figura fundamental na sua continuação, portanto.

Em verdade, a sociedade é um sistema que abarca todas as estruturas e condições sociais (omniabarcador³⁵), dentre as quais se incluem o Direito, a Política, a Economia, a Religião, entre outras. Posta a condição destes como subsistemas sociais, não se pode falar em “Direito e Sociedade” como fenômenos estanques ou distintos. Todos os subsistemas pertencem e, ao mesmo tempo, realizam a Sociedade.

Mesmo a tradicional fórmula latina “Ubi Societas Ibi Jus”, passa a ser vista com outros olhos. O Direito é sempre referenciado *dentro* da Sociedade, daí a escolha do autor em nomear suas obras com esta preposição³⁶. A relação entre Direito e Sociedade é ambígua, pois a sociedade também é ambiente do sistema jurídico. De um modo, lembram Gonçalves e Vilas Bôas Filho (2013, p. 106-107), a Sociedade está além do Direito, pois nela estão as diversas operações dos subsistemas sociais, incluso as jurídicas, de outro, está aquém, pois o Direito envolve realidades que vão além da sociedade (os sistemas psíquicos, o ambiente físico, entre outros³⁷). Disto se extrai o primeiro questionamento de Luhmann (2005, p. 132): como opera o Direito e como ele observa suas próprias operações e consequências?

Ora, cada subsistema social guarda seus respectivos códigos, estruturas e programação conforme sua função especializada, o que é dizer para o que ele se apresenta como resposta. Como Neves (2009, p. 262) ressalta, “os subsistemas sociais parciais, como o Direito, a Economia e a Política, reproduzem-se de forma unitária e generalizada de acordo com os seus códigos-diferença (lícito/ilícito, ter/não ter, poder/não poder)”. Neste sentido, a função é “algo externo ao sistema”, pois refere-se a um problema do sistema maior, a sociedade. Por isto, fala-se em função como “nível de referência” do sistema. Os outros níveis são a prestação (o que o sistema parcial desempenha para outros sistemas parciais) e a reflexão (referência à auto-observação dos sistemas; a relação do sistema consigo mesmo). Todos estes sistemas não somente circulam informações, mas criam papéis, constituem sentidos e realizam acontecimentos simbólicos e materiais na sociedade, cf. Simioni (2014, p. 677).

³⁵ Cf. Luhmann (2007, p. 55). O autor alemão afirma que este uso é “quase uma citação”, referindo-se à maior importância dada à comunidade da vida urbana (*koinonía politiké*) aristotélica.

³⁶ No original, em alemão, a preposição declina-se, para o caso genitivo (indicador de posse)

³⁷ Nada impede que o Sistema-Direito refira-se a “realidades físicas e mentais dos seres humanos, bem como a fenômenos físicos”, desde que considere relevantes para si. V. Chamon Júnior (2009, p. 94)

Reitere-se que, sob a visão sistêmica iniciada por Luhmann, *todos os sistemas sociais também são autopoieticos*. Isto implica a capacidade de cada sistema reproduzir-se e operar por conta própria, sem qualquer referência externa que não a si mesmo. Desta forma, a circunstância de o Direito constituir-se como um subsistema autônomo, em que o fenômeno da juridicidade é constituído a partir dos elementos daquele próprio sistema (só o Direito pode dizer o que efetivamente é o Direito) não significa uma explicação causal sobre todo o modo de produção jurídico. O pressuposto da autopoiese alude à auto-organização e auto-reprodução do sistemas, tendo impacto na relação entre a produção (operação) e seu resultado, a estrutura do sistema.

A definição de Luhmann (2009, p. 120), seguindo Maturana, é que a autopoiese “[...] significa que um sistema só pode produzir operações na rede de suas próprias operações, sendo que a rede na qual essas operações se realizam é produzida por essas mesmas operações”. Sobre este conceito, Luhmann ainda reitera que ele não tem um conteúdo explicativo (no sentido de causa e efeito), mas pretende deixar claro o que é a autorreferência, a capacidade de um sistema se articular continuamente. (LUHMANN, 2009, p. 90). Teubner (1993, p. 31-33) destaca que a autopoiese resulta na contínua organização e reprodução de sistemas com referências a si próprios, por meio de operações que buscam suas bases na auto-descrição por eles mesmos feita. O que torna possível a reconstrução deste processo, por meio de “regras imanentes de funcionamento” é a sua autonomia – daí a linha estrita que liga a autopoiese e a autonomia sistêmicas.

Contudo, por outra mão, vê-se que a autopoiese não significa um isolamento total do subsistema social respectivo em relação ao mundo (ou melhor, do sistema em relação ao meio). Afinal, uma vez que cuidamos de um subsistema social, e como tal, composto de comunicação, observa-se sua abertura cognitiva e fechamento operacional. Luhmann (2009, p. 103) descarta a ideia de que há um fechamento completo do sistema, justamente pela diferença entre operação e causalidade. Há, isto sim, uma nova interpretação do que seriam as interdependências, como lembra Teubner (1993, p. 56). O que se fecha não é a causa dos eventos de comunicação, mas simplesmente a possibilidade de que os eventos se comuniquem com o meio. A comunicação sistema-meio só ocorre por meio de filtros, representados pelos mediuns (Direito, Linguagem) e pelo código – o Direito não se comunica com a Sociedade ou com aspectos da Economia ou da Política sem que isto ocorra em seus próprios termos (e vice-versa).

O fechamento do sistema resulta, isto, sim, na necessária reprodução conforme suas próprias estruturas, de acordo com os sobreditos ditames do fechamento operacional. A abertura

cognitiva é evidentemente uma relação destes subsistemas para com o ambiente que, no caso, é composto por todos os outros subsistemas sociais, inclusive.

Uma vez que o fechamento é condição para a autopoiese³⁸ e esta leva a uma estrutura de contínua comunicação em certos padrões, é possível falar em autonomia dos sistemas, inclusive do jurídico. Neste ponto, cabe dizer que a Teoria dos Sistemas rejeita qualquer espécie de “imperialismo científico”, de qualquer princípio universal que seja fundador ou delimitador de outras relações. Como Neves (2009, p. 264), não há a possibilidade de um ponto privilegiado ou único de observação do sistema social, havendo, a rigor, concorrência entre diversos pontos de vista. Assim, religião, política, economia são apenas observações parciais que não têm como abarcar todos os detalhes do social. É consequência da autopoiese que haja verdadeira incompatibilidade de hierarquia entre sistemas: nenhum sistema pode se impor aos demais, na medida em que cada um serve de ambiente ao outro³⁹.

O Direito, então, não ocupa, é verdade, uma posição privilegiada, mas tem sua autonomia⁴⁰ operacional, como diversos outros subsistemas. Ressalte-se que não se fala aqui em um “conjunto de normas”, como é o padrão da teoria jurídica da segunda metade do século XX em diante. O Direito é um sistema de comunicações, comunicações jurídicas porque encetadas num código jurídico, por meio de estruturas desenhadas a partir de padrões estabelecidos pelo próprio sistema de Direito. Nisto residiria seu caráter autônomo.

A visão de Teubner (1993, p. 53) é taxativa a respeito do caráter autopoietico do Direito, num capítulo em que discute a temática. Para ele trata-se de “um sistema autopoietico de segundo grau”, que se autonomiza da sociedade, graças à constituição dos seus próprios componentes sistêmicos, articulados num hiperciclo, i.e., situação em que os componentes do sistema jurídico são simultaneamente auto-constitutivos e articulam-se de forma auto-

³⁸ Como Teubner (1993, p. 46-47) afirma, a autoprodução, “condição mínima de existência de um sistema autopoietico”, significa a distinção de capacidade que os sistemas têm de auto-reproduzirem a si mesmos, a partir do fluxo de eventos que serão convertidos em novas unidades, articuladas com os elementos de sua própria estrutura.

³⁹ V. Simioni (2014, p. 625-629).

⁴⁰ Cf. Luhmann (2005, p. 118), seguindo Varela, a autonomia é “a unidade operativa de um sistema”.

reprodutiva⁴¹. A estes componentes sistêmicos já se fez alusão neste trabalho: a função, o código, as estruturas⁴², etc.

O código jurídico é, como outros, binário, diz respeito à pertença ou não de determinada comunicação ao seu campo (lícito/ilícito). Ele é um dos eixos sobre o que os quais se fecha operacionalmente o Direito. Os programas⁴³, por sua vez, seriam regras de decisão fixadas verbalmente⁴⁴, cuja aplicação, voltada ao futuro, seria assegurada pela institucionalização⁴⁵ – também funcionaria como filtro, quando agrupam expectativas a serem consideradas. Na definição de Campilongo (2011C, p. 160), “os programas de decisão são as regras que indicam a alocação concreta e fátual do valor considerado ‘correto’ pelo código”. No sistema jurídico, os programas seriam condicionais⁴⁶, pois voltados à construção de um fim, de uma ação ou meta a ser atingida e estruturados sob um final não previsível definitivamente (se cumprida a norma, resultado X; se não cumprida, Y). Como exemplo, teríamos “textos e precedentes, leis e contratos, regulamentos e práxis jurisprudenciais (CAMPILONGO, 2011C, p. 77).

Já sobre a função, Luhmann (2005, p. 188-189) diz que esta questão corre em dois trilhos de acordo com a referência que se faça. De um lado, teria a ver com os “custos sociais que se desprendem dos enlaçamentos temporais que efetivam as expectativas” e de outro, com a “estabilização das expectativas normativas através da regulação da generalização temporal, objetiva e social”.

A rigor, o Direito orienta na separação entre as expectativas cognitivas e as normativas (Simioni, 2014, p. 606; Gonçalves e Villas Boas Filho, 2013, p. 90-91), sendo que nas primeiras, o desapontamento implica o seu abandono e a correspondente adaptação à realidade, ao passo que as últimas permanecem esperadas, mesmo em casos de violação. As expectativas

⁴¹ Como se verá adiante, Teubner (1993, p. 57 e p. 66-67) não segue Luhmann estritamente (pois a visão inicialmente exposta é de que ou há autopoiese ou não há). Teubner percebe a autopoiese como um processo de vários níveis (graus), podendo ocorrer em alguns casos, de forma mitigada. Daí este conceito de “hiperciclo” de grau máximo da autopoiese.

⁴² Uma estrutura importante são os programas (no caso do Direito, as normas, doutrina, precedentes), que orientam a atribuição de um evento social ao Direito (ou como não corresponde, do lado “não-Direito”). V. Luhmann (2005, p. 253-263) e Simioni (2014, p. 674).

⁴³ Sobre a distinção código e programa, Campilongo (2011C, p. 160) explica: “Para Luhmann, essa diferenciação entre código e programa pode ser entendida da seguinte forma: os valores do sistema podem ser definidos no plano dos códigos; no plano dos programas, ao contrário, não é possível decidir questões de natureza valorativa”. V. também Luhmann (2005, p. 252-254) e ainda: Gonçalves e Villas Bôas Filho (2013, p. 94-97).

⁴⁴ A referência à oralidade está em Luhmann (1983, p. 93), possivelmente concentrado na prática jurídica.

⁴⁵ A institucionalização permitiria que se antecipasse e distribuisse a construção das expectativas, jogando um peso de uma “autoevidência presumida” contra aquele que espera. Cf. Luhmann (1983, p. 81). V. também Gonçalves e Villas Bôas Filho (2013, p. 84)

⁴⁶ O outro tipo de programa é finalístico, orientado às consequências de uma ação, atribuindo efeitos a ações anteriores. Seria o caso do subsistema político.

normativas são aquelas de que o Direito cuida, pois, ainda que haja a transgressão da conduta esperada, o sistema jurídico tende a agir no sentido da recomposição, dada a sua natureza essencialmente contrafática – são as expectativas que gozam de um respaldo social e por isto devem ser preservadas.

Vale lembrar que a noção de “expectativa” não se refere exatamente a um estado de consciência de certo indivíduo, mas sim à comunicação, ao seu aspecto temporal, orientada ao futuro (Luhmann, 2005, p. 182; Gonçalves e Villas Bôas Filho, 2013, p. 84).

Se a ação é contrária ao código jurídico, a tendência é que o sistema venha a se impor, de maneira que restabeleça a expectativa normativa. A pactuação conservatista do Direito está nisto: consolidar o que é esperado, aplacar e preservar as expectativas sociais. O sistema jurídico não aceita ser desapontado (e se chega a um ponto de desapontamento total, os mecanismos do sistema expulsarão aquela expectativa, evitando que haja descaracterização de sua função). Sua função refere-se às operações do sistema e se reconhece pelas orientações as operações dadas pelas normas (LUHMANN, 2005, p. 116).

Para Luhmann (2005, p. 191), a norma jurídica é expectativa de conduta que se estabiliza inclusive contra os fatos, sem que haja uma tomada de decisão prévia em torno das motivações por que alguém as cumpre (ou não). As normas não são vistas como orientações de condutas no campo do “dever-ser”, que acarretam sanções, em caso de descumprimento. Na visão sistêmica, a norma é uma espécie de fato estruturado pelo sistema jurídico, sendo irrelevante no seu campo a motivação de alguém para cumpri-la ou não. O relevante, para o Direito, é que a norma é posta como um fato orientador da expectativa – conquanto possa ser colocado posteriormente, a partir da decisão judicial, p.ex.

Esta facticidade relaciona-se à positividade do Direito, que é tomado como uma realidade comunicativa objetiva, real. Não se trata de um “fenômeno físico” ou “sócio-psicológico”, pois não se refere à consciência, mas à realidade da própria comunicação, “uma construção social”, nos dizeres de Teubner (1993, p. 94). Conclui-se, pois, que a decisão jurídica (não somente a judicial, diga-se) atualiza o sentido do sistema de Direito, junto com suas respectivas formas comunicativas. A noção de *positivo* aqui não está atrelada ao texto, mas ao conjunto de operações fáticas que, articulados numa rede, constituem não só o Direito, mas todos os demais subsistemas sociais. Esta articulação, inclusive dá-se historicamente, pois o atrelamento refere-se a operações passadas, orientadas ao futuro, como já mencionado (Chamon Junior, 2009, p. 91 e Simioni, 2014, p. 609).

Delimitando este conteúdo conceitual, Simioni (2014, p. 666) aborda as normas como facticidade de expectativas sociais, pois é nesse campo que se verificaria empiricamente o atendimento àquelas referências (da sociedade, e, portanto do ambiente jurídico, externas a ele). Destarte, desde que se adeque à forma prevista pelo Direito, de uma maneira que a pretensão jurídica (inclusive das decisões) possa ali se apoiar, existindo regras para a dedução destes fatos, é factível e esperado que “fatos” sejam convertidos em “direitos”⁴⁷ (LUHMANN, 2005, p. 147).

O Direito, nesta visão sistêmico-funcionalista, é uma “observação de segundo grau” (Trindade, 2008, p. 18), i.e., cuida de relatos sobre relatos, de observação gerada em cima de outras observações que já estavam presentes no sistema. Quando se fala em “observação”, tem-se que esta é sempre o uso de uma distinção. Observar é diferenciar uma coisa da outra, tendo em vista o problema da forma (fronteira entre o espaço marcado e o não marcado). Esta observação pressupõe uma auto-observação do próprio sistema para que se possa efetivamente realizar-se como operação de distinção sistema/ambiente. Daí que o problema do início da observação é tomado como uma impossibilidade de medida – há certa arbitrariedade em “onde começar”. Luhmann (2007, p. 38) compreende que a operação de observação baseia-se na ordem emanada por Spencer Brown sobre seu momento inicial: “desenhe uma distinção”. Ao que podemos acrescentar: “e a partir dela, indique o funcionamento das coisas, i.e., dos sistemas”.

O observador aqui não é o sujeito, pois não se está no nível da consciência, dos sistemas psíquicos, mas no nível sistêmico, e sendo o Direito um sistema de comunicações, é praticamente irrelevante o pensamento a respeito de uma (ou sete bilhões) de consciências.

Se, no nível da consciência, 90% de certa população entenda que uma norma é inútil, isto não acarretará problemas, caso as comunicações jurídicas indiquem o contínuo cumprimento de ações conforme as expectativas. A questão só se torna efetivamente relevante quando ocorre a interação, por meio comunicação, nas etapas já citadas – e aí sim, existe relevância no âmbito do processo social, pois, já dissemos, a comunicação é a operação social por excelência (Simioni, 2014, p. 640-642; Gonçalves e Villas Bôas Filho, 2013, p. 36-40. Trindade, 2008, p. 23- 28).

Luhmann (2005, p. 117) também diz que:

A diferenciação de um sistema jurídico, fechado em sua operação, pressupõe que o sistema opera no nível da observação de segunda ordem: não só ocasionalmente, senão sempre. Todas as operações, incluindo a discriminação primária e a discriminação das decepções das expectativas, controlam-se desde este nível. O que

⁴⁷ A “executabilidade” de um Direito é questão de relações intersistêmicas, pois ao Direito em si não é possibilitado a obrigatoriedade de que se haja conforme o decidido. Mais sobre isso no tópico 1.3.

não se pode ordenar sob o esquema de controle “conforme o direito/não conforme o direito”, não pertence ao sistema jurídico, mas a seu entorno social: interno ou externo⁴⁸.

Com isto, é possível apreender a composição do processo comunicativo: ele é feito a partir de indicações e distinções, portanto, a partir de observações (feitas no primeiro nível ou ordem, o do sistema social). O Direito, então, apresenta-se como uma observação de segunda ordem⁴⁹, pois é uma observação das observações feitas em seu seio (pelos “atores ou vítimas”⁵⁰, na definição de Luhmann, devidamente selecionadas e reformatadas segundo seu código, programa e estruturas, em que se enlaçam outras operações de comunicação jurídicas, lidas a partir do presente, a despeito de terem ocorrido antes.

Uma decisão judicial, dessa forma, vai referir-se a precedentes, a estruturas, a normas extraídas a partir de textos anteriormente postos (e conforme cânones de interpretação da doutrina e de outros precedentes), já estabelecidos em acordo com o código e o programa condicional do Direito, que realizaram a formatação/conversão das comunicações sociais (seja do sistema-sociedade, seja dos outros subsistemas, política, economia, religião) em comunicação jurídica. Por isto, é que se diz que a decisão só pode ser vista como “comunicação comunicada e não como um conjunto de pensamentos conscientes a respeito do sentido do direito socialmente criado pelos meios de comunicação”, de acordo com Rafael Simioni (2014, p. 652).

A partir de outras considerações, o Direito é uma nova indicação, uma observação da observação⁵¹, enfim: uma observação de segunda ordem. Isto ocorre de maneira tal que tanto as modificações quanto as criações do fenômeno jurídico estão atreladas ao que existia, numa

48 Tradução nossa, desde o seguinte texto, da tradução para o espanhol de Nafarrate: A La diferenciación de una sistema jurídico clausurado en su operación, presupone que el sistema opera en el nivel de la observación de segundo orden: no sólo ocasionalmente, sino siempre. Todas las operaciones, incluyendo la discriminación primaria y la discriminación de las decepciones de las expectativas, se controlan desde este nivel. Lo que no se puede ordenar bajo el esquema de control conforme a derecho/no conforme a derecho, no pertenece al sistema jurídico, sino a su entorno social: interno o externo.

49 V. o já citado conceito de Teubner, que trata o Direito como “sistema autopoietico de segundo grau”, em que no primeiro grau se encontraria a sociedade. E ainda S há um trecho esclarecedor de Chamon Junior (2009, p. 123)

50 Afinal, “[...] aquele que teve um direito afetado também espera de maneira normativa que as demais pessoas possam reconhecer e apoiar a sua demanda; ou ainda, quando os sujeitos se mostram indiferentes à afetação do Direito entende o afetado que elas ‘deveriam’ – como Luhmann mesmo explicita - tomar partido no sentido de se posicionar de acordo com aquele que se encontra no seu direito de reclamar” (CHAMON JUNIOR, 2009, p. 109).

51 Isto vale não só para o Direito, porém. Segundo Luhmann (2009, p. 150), “na sociedade moderna [...] a percepção mais avançada sobre a realidade do mundo passou da consciência da realidade à observação da observação. Esta forma de percepção, que se concentra naquilo que os outros dizem ou percebem, constitui a forma mais avançada de apreensão do mundo, em uma diversidade de campos funcionais: a ciência, a arte, a economia, a política”. V. também: Luhmann (2009, p. 168-177)

situação historicamente dada do Direito. Constitui-se, então, como detecta Luhmann (2005, p. 113-114) a “máquina não-trivial”, que, para funcionar, precisa abstrair o tempo, enlaçando a operação atual a estruturas anteriormente dispostas, de maneira a projetar expectativas futuras⁵².

Esta preocupação teórica com a historicidade ganha (como diversos outros conceitos) um outro enfoque na acepção sistemática, tendo em vista não haver um cuidado demasiado em determinar qual o início do processo ou mesmo quando o Direito se originou. A historicidade aqui diz respeito à sua variabilidade, sua capacidade de ser modificado e transformado, enfim, à sua contingência. Esta série de operações enlaçadas umas às outras permitem que o Direito se refira a traços (outras operações) marcados no passado, para apontar a expectativa normativa de dada situação. Contudo, esta variabilidade não significa insegurança, mas ao contrário - ou seja, a positividade não significa plena rigidez, mas é por isto que há alguma segurança. Justamente porque possui padrões e estruturas que conduzem à estabilização, num processo de tornar congruentes as expectativas, é que o Direito tem de se afirmar consistente, como uma unidade, pensa Luhmann (2005, p. 134). Ao contrário da moral, em que não é possível encontrar consenso em sociedades complexas, o código jurídico permite chegar a um ponto mais fixo (ainda que seu local de afixação varie de operação para operação, como máquina contextual e histórica que é).

Não é à toa que o conceito de Justiça diz respeito menos a uma qualidade positiva intrínseca ou valor positivo externamente conferido (v.g.: moralidade, bem) às decisões e demais estruturas que condicionam a auto-poiese do Direito no contexto social. Luhmann (2005, p. 279) vê a Justiça a partir de uma série de distinções: é autorreferência (pois o sistema se pretende justo), como observação (e não operação), em nível de programas (e não do código, pois sua medida não implica necessariamente em desconformidade com o Direito – há decisões jurídicas que são reputadas como injustas, embora sejam lícitas). A teoria caminha para descrever a Justiça tão somente como uma “fórmula da contingência”, ou seja, “unicamente um esquema de busca de fundamentos ou valores que não podem obter validade jurídica a não ser na forma de programas⁵³”. Isto significa a consistência⁵⁴ das decisões e estruturas do Direito, traduzida na classificação dos casos e na tomada de decisões em referência à sua

52 Simioni (2014, p. 647) diz que a dimensão temporal do sentido cria dois presentes, um articulado com o passado (a memória) e outro com o futuro (a expectativa).

53 Tradução do autor deste trabalho, a partir da tradução em espanhol de Nafarrate do texto de Luhmann (2005, p.): “(...) únicamente un esquema de búsqueda de fundamentos o de valores que no pueden obtener validez jurídica a no ser en la forma de programas”.

54 Para Luhmann (2005, 287), “deve-se falar em justiça no sentido de uma complexidade adequada na tomada de decisões consistentes.

semelhança/dessemelhança. Assim como a igualdade, o Direito toma a justiça não como um valor externo superior a outros que eventualmente se discutam, mas tão-somente como a congruência das expectativas em questão. De alguma forma, é como se esta noção de justiça precedesse àquela dos valores éticos - pois se encontra com a própria função sistêmica do Direito. A orientação pela contingência é reforçada na proporção em que o jurídico é um sistema imerso constantemente em maior positividade (LUHMANN, 2005, p. 282). Se nele, tudo (os textos, as normas, as decisões, os argumentos) é ou tende a ser positivado, a grande relevância está no procedimento de positividade – sem se pensar mais em um Direito (e em direitos fundamentais) absoluto ou histórico. O Direito é visto como permanentemente transformável, em consonância com as balizas de sua alteração.

Dada a historicidade da “máquina” jurídica, está claro que isto variará ao tempo, não sendo possível eleger um valor ou conceito supremo de Justiça que não seja estritamente contextual.⁵⁵ Adotar um entendimento contrário seria rejeitar a autonomia do campo jurídico, cedendo à ética ou à política a capacidade de determinar estruturas de operação do sistema jurídica. Do modo como a Teoria dos Sistemas entende, um Direito justo é aquele que classifica os casos como iguais ou desiguais (casos iguais devem ser considerados de forma igual, os desiguais de forma distinta) e a partir daí chega a decisões consistentes. Assim, reforça-se a configuração do Direito como “observação de segunda ordem”. O sistema jurídico precisa analisar suas próprias operações para qualificá-las, o que é válido inclusive para as prestações do Estado de Bem-Estar Social, como Luhmann (2005, p. 290-294) aponta⁵⁶ expressamente.

De toda forma, uma questão se apresenta como fundamental nas relações entre o Direito e os outros subsistemas sociais, além dos sistemas psíquicos, os indivíduos portadores, em última razão da “conduta regulada”. A teoria-padrão da norma jurídica é de que esta visa a regular “condutas intersubjetivas”, por meio de ordens de dever-ser, cujo descumprimento acarretaria sanção. Já se observou que este não é o esquema compreensivo da teoria sistêmica.

55 Luhmann (2005, 286): “Según las circunstancias históricas, esta fórmula puede tomar entonces características muy diversas. Todas las fórmulas de contingencia tienen este significado nuclear; sin embargo, bajo diversas condiciones socio-estructurales, optan luego por diversas reespecificaciones”.

56 Parece haver ali um receio de que a visão de “fins” estabelecida pelos programas do Estado de Bem-Estar Social ponha em risco a autonomia do Direito, na medida em que se impõem deveres e ordens que supostamente ultrapassariam o código jurídico. Na visão de Luhmann, para que isto não ocorra, a leitura é feita sob o “filtro” da programação condicional, típica do Direito. De toda maneira, Campilongo (2011C, p. 99) vê em alguns conflitos que são chamados de “judicialização da Política” a típica consequência das “excessivas pretensões e utilizações” que o Welfare State faz do Direito, com problemas que não têm como ser resolvidos no âmbito do código jurídico. Ressalte-se neste ponto a leitura de Marcelo Neves (2007, p. 74-78 e 183) para quem, é função jurídica da Constituição institucionalizar o Estado de Bem-Estar.

As normas são compostas de facticidade comunicativa, voltada à manutenção (congruência) de expectativas normativas. Por expectativa, não se menciona o que um indivíduo espera a respeito de algo, mas o que é esperado da atividade comunicativa, o que se firma como dela esperado. Por normativa, são aqueles atos que, a despeito de acontecerem de forma distinta da esperada, não ensejam a adaptação, mas uma outra operação, no sentido de recuperar a expectativa.

Pois bem. Se todos os sistemas sociais são autônomos, sem que possam determinar uns aos outros, como é que o Direito interferiria em algum deles, como é sua pretensão? Em que medida o Direito efetivamente participa (se não participa, o que faz) da construção de outros atos comunicativos que não guardem seu código, dado os sistemas estão fechados para operar? Ou, por outra: Como o Direito regularia? Alguém atento exigiria o complemento do verbo “regular” e efetivamente aqui está o centro da “virada epistemológica” da Teoria dos Sistemas. Como o Direito regula os atos de comunicação (e não as condutas dos indivíduos) de outros sistemas? Como o Direito interfere na elaboração de um contrato? Ou na constituição de uma entidade afetiva-familiar?

2.3 DO ACOPLAMENTO ESTRUTURAL E AS RELAÇÕES ENTRE OS SUBSISTEMAS POLÍTICO E JURÍDICO

O problema das relações entre os (sub)sistemas sociais é uma questão recorrente e que vai ao encontro do conceito fundamental da teoria sistêmica: o da diferença entre sistema e meio. Já se sabe que a forma é sempre uma diferença de dois lados e a forma de um sistema é sempre o traço divisório entre ele e seu ambiente. Assim, no caso específico do sistema jurídico, o ambiente é formado por tudo aquilo que não esteja, mediado sob linguagem, no código do Direito (lícito/ilícito), em forma de programa condicional e não tenha por função a generalização simbólica e congruente das expectativas normativas. Ou seja: o ambiente do sistema jurídico é composto, p.ex., pelos indivíduos (sistemas psíquicos) e também pelas comunicações gerais da sociedade, além de todas as outras comunicações específicas que, formalizadas sob códigos, programas e estruturas específicas compõem os outros subsistemas sociais. Assim, a política, a economia, a arte, a religião, a família⁵⁷, entre outros, são parte do entorno do sistema jurídico, não fazendo parte dele.

⁵⁷ Acerca destes outros subsistemas sociais, há uma tabela deveras elucidativa e instrutiva elaborada em Gonçalves e Villas Bôas Filho (2013, p. 64).

Já se disse que sob a ótica luhmanniana, os sistemas são autopoieticos e autorreferentes, o que significa a sua capacidade de se reproduzir por si só, dando origem a suas estruturas, consoante os ditames inscritos nos próprios sistemas, sem referência externa - e isto é o chamado fechamento operacional, que possibilita a autonomia destes sistemas, a sua capacidade de se auto-organizarem sem indisposição de fora. O Direito seria autônomo em relação à Economia ou à Política, não havendo necessidade de se reportar a um ou outro elemento que não esteja em suas próprias estruturas. Assim, cada sistema exerce sua função sem maiores intromissões – sendo este o primado de uma sociedade funcionalmente diferenciada.

Entretanto, é percebido também que este fechamento não significa o retorno à tese dos “sistemas fechados”, pois um dado inerente das sociedades funcionalmente diferenciadas é sua complexidade e contingência- sempre há mais possibilidades do que se pode realizar e é possível modificar as estruturas de cada sistema, sem a remissão a um centro único de sentido. Se é possível a mudança, orientada a uma gama (digamos) infinita de possibilidades, os subsistemas sociais presumem algum grau de abertura. Neste aspecto, assinala Marcelo Neves (2007, p. 137):

O fechamento normativo impede a confusão entre sistema jurídico e seu ambiente, exige a “digitalização” interna de informações provenientes do ambiente (...) A alterabilidade do direito é, desse modo, fortificada, não impedida, como seria de afirmar com respeito a um fechamento indiferente ao ambiente; mas ela ocorre conforme os critérios internos e específicos de um sistema capaz de aprender e reciclar-se, sensível ao seu ambiente.

Além disso, o próprio Direito tem inscrito em sua tessitura histórica a noção de regulação. Se não é possível falar em regulação de condutas de pessoas – até pela inviabilidade (causada pelo excesso de ruídos) em construir uma teoria geral da sociedade que desça tão especificamente ao nível de como cada indivíduo reage – em que sentido, os subsistemas relacionam-se entre si?

Há, em negativa à autonomia clara dos sistemas políticos e jurídicos, uma longa tradição⁵⁸ que trata o Direito e Política como unidades⁵⁹ e isto com consequências, sobretudo para o campo jurídico, pois muitas vezes a argumentação e a decisão jurídica são tomadas como um véu de legitimação de uma decisão (política) anteriormente tomada.

⁵⁸ V. Luhmann (2005, p. 473 e ss.). Segundo Campilongo (2011C, p. 76), o próprio Luhmann teria escritos mais antigos em que situava o jurídico como subsistema do político. Não foi o caso de sua obra posterior, naturalmente. Deste modo, entre outros, há Luhmann (2005, p. 178).

⁵⁹ Há quem tome também a Economia e a Política como unidades, e mesmo a Economia, a Política e Direito como sistemas integrados de causas comuns. É o caso de algumas teorias marxistas do Estado e do Direito.

Luhmann (2009, p. 129) descarta logo a hipótese tradicionalmente usada, de causalidade, no sentido de que um sistema aja diretamente no outro. Mesmo no âmbito da Teoria dos Sistemas, a causalidade faz-se presente com a tese de sistemas abertos ao ambiente, por meio de canais específicos (inputs e outputs), na medida em que o ambiente, por intermédio das entradas, interfere no sistema. O que é negado pela teoria dos sistemas autopoieticos, dado que a ligação entre sistema e meio não ocorre senão de forma indireta, através da mediação pelo código, v.g. Se o sistema autopoietico tivesse algum de seus elementos efetivamente determinado pelo ambiente, deixaria de existir como sistema autônomo, pois “[...] o meio só pode influir causalmente em um sistema no plano da destruição [...]”.

Jürgen Habermas (2012, p. 72-82) questiona a teoria funcionalista justamente neste ponto, por considera-la insuficiente, atribuindo ao Direito uma posição “marginal”, a despeito de reconhecer o ganho de autonomia que as teses oferecem (especialmente se comparadas à visão marxista). Na visão do filósofo alemão, a visão luhmanniana restringe o Direito, quando supõe que ele não mantém uma troca direta com seus “mundos circundantes”. Assim, a ele só caberia uma regulação “metafórica”: o Direito somente modifica a si mesmo, apresentando-se de uma nova forma para o mundo ao redor, incentivando indiretamente a reação. Habermas (2012, p. 77) vê aí equívocos na teoria, lamenta o abandono do modelo de “inputs e outputs” e sustenta que ver os sistemas como autopoieticos contrariaria “interdependências empiricamente observáveis”.

Com efeito, é de logo excluída a possibilidade de regulação direta, pois, como leciona Villas Bôas Filho (2009, p. 155), “[...] da mesma forma que os sistemas político ou econômico não podem controlar o sistema jurídico, também este não pode intervir diretamente nos demais subsistemas, uma vez que isso implicaria sobrepor referência externa à auto-referência”.

Todavia, para Luhmann (2009, p. 129-131), a relação entre sistemas é, em último grau, um estudo da relação de adaptação entre sistema e seu meio, sem que haja grande perda em relação às interdependências, que não são negadas pela teoria sistêmica. Mais uma vez, ele lança mão de um conceito de Francisco Maturana, para tentar elucidar as relações entre sistemas (como dito, entre sistema e meio): os de acoplamento operacional e estrutural. De uma forma simplista, o primeiro designa a situação no qual operações de um sistema provocariam alguma repercussão em outro, mas sem duração considerável, sem gerar maiores efeitos⁶⁰, enquanto o

60 V. Luhmann (2005, p. 508): A outra [variável] está na simultaneidade que deve supor-se sempre entre o sistema e o ambiente. Esta simultaneidade permite um acoplamento momentâneo das operações do sistema com aquelas que o sistema atribui ao ambiente, por exemplo, a possibilidade de cumprir uma obrigação legal por meio de um pagamento, ou sugerir consenso/dissenso político decretando uma lei. No entanto, os acoplamentos

outro designaria a oportunidade em que o sistema e o meio dialogam entre si, mantendo autonomia do sistema, mas alimentando sua carga de informações.

Acerca dos acoplamentos estruturais, Luhmann (2009, p. 132) fala em uma posição ortogonal, na qual parte do sistema é acoplada a parte do ambiente, mantendo uma zona de indiferença⁶¹ de um lado e criando um canal de causalidade do outro, desde que isto não interfira na autopoiese. O sistema reage a estímulos e irritações quando consegue canalizar estas pressões seletivas em subsídios relevantes à sua autopoiese, e é o acoplamento que lhe permite selecionar e filtrar as informações que são ou não convenientes à sua reprodução.

Após dar exemplos biológicos de acoplamento estrutural (certa convergência que há entre a musculatura dos organismos e a força da gravidade; a percepção do cérebro, por meio da visão e da audição com o meio-ambiente), Luhmann (2007, p. 79; 2009, p. 134) traz o acoplamento estrutural entre consciência e comunicação⁶², mediado pela linguagem, como um tipo de acoplamento estrutural bem-sucedido e mutualmente benéfico para os dois sistemas, pois os enriquece na carga de informações, com o devido refinamento. Esse acoplamento, por outro lado, também serviria para impedir que o meio interferisse demasiadamente nos respectivos sistemas, de maneira que a comunicação só apreende a realidade do mundo por meio da consciência – ainda que o risco de destruição permaneça constante.

É bem verdade que há um tipo especial de acoplamento estrutural, a interpenetração, no qual as relações intersistêmicas ocorrem simultaneamente (de maneira co-evolutiva), em que um sistema não pode existir sem estas relações. Um exemplo seriam o das células nervosas e do cérebro – e, possivelmente dos indivíduos e da sociedade (LUHMANN, 2007, p. 79).

De qualquer maneira, Luhmann (2009, p. 273-274) constrói o sentido de acoplamento estrutural desta forma:

[...] os sistemas só podem construir estruturas que são compatíveis ao meio, sem que este possa determinar a operação sob a qual elas são construídas[...]. [...] O conceito pressupõe que todo sistema autopoietico opera como sistema determinado pela estrutura; ou seja, como um sistema que só pode determinar as próprias operações mediante estruturas específicas.

É este acoplamento que permite ao Direito informar-se de certos aspectos que chamam a atenção no fenômeno econômico (as trocas de mercado, p.ex.) ou político (demandas no

operacionais entre sistema e ambiente são possíveis, devido a tais identificações, exclusivamente em intervalos de eventos[nossa tradução depois da versão para o espanhol do texto de J. Nafarrate].

61 Luhmann (2005, p. 508) chega a dizer que “o que se inclui (o que se acopla) é tão importante como o que se exclui” – tradução nossa de trecho da tradução para o espanhol de J. Nafarrate.

62 E disto depende a própria sociedade como sistema, cf. Luhmann (2005, p. 511)

campo ambiental e de tecnologia, “novos direitos”, etc.) ou familiar (as estruturas de família diversas do modelo biparental tradicional), e trazê-los para o campo jurídico, convertendo-os em verdadeiros elementos do sistema jurídico (por meio da normatização dos contratos, da tutela do meio-ambiente e regulamentação da internet ou pela chancela dos novos modelos de família, para seguir nos exemplos).

Mas como isso ocorreria?

O acoplamento estrutural é um compartilhamento de “elementos de sentido” entre os sistemas, no qual é compartilhada por ambos uma estrutura que os irrita conjuntamente. Este “meio de irritação” leva a novas construções de sentido, tanto em um como em outro sistema. Nisto, contudo, deve-se chamar a atenção: a irritação não é provocada pelo meio, pois isto implicaria violação da autopoiese e da autonomia sistêmica. É esta a razão por que Luhmann (2005, p. 510) aborda os conceitos de “acoplamento estrutural” e “irritação” (surpresa ou perturbação) como condicionados entre si, por guardarem uma relação intrínseca.

A excitação aludida é provocada por uma estrutura comunicativa que se faz presente em ambos os sistemas – mal comparando, como uma interseção entre conjuntos matemáticos, a estrutura está tanto no “conjunto do sistema A”, quanto no “conjunto do sistema B” – sendo lida de forma distinta por cada um, dada a diferenciação funcional de cada subsistema. Neste sentido é que Simioni (2014, p. 674) fala em “meio comum de comunicação, para a produção e controle de influências recíprocas”.

Isto deixa explícita a noção de abertura cognitiva dos sistemas sociais, anteriormente esboçada. O ponto principal a se mencionar é que, a despeito de haver um ponto de influência recíproca, a irritação é sempre autoirritação, pois é o próprio sistema que se irrita, não seu ambiente. O acoplamento provoca a irritação, mas esta já é uma informação em vias de ser processada pelo código específico do subsistema. Nisto, Luhmann (2005, p. 510) é claro: “O sistema mesmo registra a irritação somente na tela de suas próprias estruturas (por exemplo, na forma do problema sobre de quem é a razão no caso de conflito⁶³ (*nossa tradução*)”.

Gonçalves e Villas Bôas Filho (2013, p. 135) demonstram que Luhmann admite que a posição diferenciada funcionalmente do Direito o fez perder certo controle sobre outros sistemas sociais, o que seria compensado pelo acoplamento estrutural e pela instrumentalização das instituições e normas jurídicas. Está claro que o Direito não é completamente independente

⁶³ Versão em espanhol, de J. Nafarrate: El sistema mismo registra la irritación solamente en la pantalla de sus propias estructuras (por ejemplo, en la forma del problema acerca de quién tiene la razón en caso de conflicto).

da Política ou da Economia, havendo “planos de relevância” de diversos subsistemas sociais para com o jurídico (CHAMON JUNIOR, 2009, p. 110).

A importância dos acoplamentos estruturais em sociedades diferenciadas é tamanha que é possível até falar que eles são indispensáveis à autonomia dos sistemas, visto que o processo de diferenciação é contínuo e o acoplamento garante que não haja um deslocamento tamanho a ponto de os subsistemas perderem a conexão com a constante complexidade da sociedade contemporânea, que já não têm mais uma forma única de representação⁶⁴.

Luhmann (2005, p.552) chega a destacar que há acoplamento estrutural entre os subsistemas e os sistemas de consciência e suscita⁶⁵ igualmente “vivências e ações” nos indivíduos. Isto nunca implica, porém, a criação de normas do ambiente no sistema jurídico. Até pode haver a formação de estruturas jurídicas a partir das situações de acoplamento, mas estas serão estruturas estritamente ligadas ao código do subsistema. Como enuncia Campilongo (2011C, p. 97), “[...] o sistema parcial percebe, reage e processa esses estímulos em conformidade com seu código e seus programas de operação, ou seja, em condições de fechamento operacional”.

Importante frisar, então, que o sistema jurídico não está apartado das exigências sociais as mais diversas, pois, no seu processo de ganho de complexidade, ele é irritado (i.e., de certo modo provocado, mas numa postura ativa) pelos elementos do meio - cada vez mais rico e complexo. Por sua vez, este meio é composto, inclusive, pelas demandas sociais as mais diversas, geradas, e.g., a partir dos indivíduos (que, como sistemas psíquicos, integram o ambiente do sistema social).

Um exemplo claro de como isto ocorre está na propriedade e no contrato, em que se visualizam influências entre o Direito e a Economia (cujo código é ter/não ter). Assim, a propriedade para a Economia é um bem, enquanto no Direito significa um feixe de atribuições (poder de uso, gozo e fruição, disposição e reivindicação). Da mesma forma, o contrato funciona como um “seguro” para que as operações econômicas funcionem com fluidez, ao passo que é utilizado pelo Direito para controle do que foi contratado e da vontade de quem contratou. Importa para o sistema jurídico, como Campilongo (2011C, p. 97) marca, se o contrato atingiu os requisitos de vontade, se seu objeto está de acordo com a lei (“não defeso”),

⁶⁴ V. também Gonçalves e Villas Bôas Filho, 2013, p. 139.

⁶⁵ Luhmann (2005, p. 558) chega a mencionar os “direitos subjetivos” como uma oportunidade de acoplamento estrutural entre o Direito e os sistemas psíquicos, na medida em que causa sensações e irritações com consequências (embora distintas) para ambos os sistemas.

etc. Para a economia, o que se vai analisar é se o objeto-mercadoria foi entregue, qual foi seu preço, quanto lucro o vendedor auferiu, etc.

Da mesma forma dá-se com a política, pois sem a possibilidade de que impor suas decisões, não teria o Direito como estabilizar qualquer expectativa normativa. E o contrário também é válido: a estrutura jurídica é útil para conformar o acesso e o exercício do Poder Político, conferindo estabilidade, evitando guerras constantes pelo comando do Estado, etc. Neste ponto, é que se fala na Constituição, o acoplamento entre os subsistemas político e jurídico. A função do Direito é a garantir as expectativas normativas, estabilizando-as, de acordo com o código lícito/ilícito, ao passo que a função da política⁶⁶ é vincular a coletividade por meio de decisões, sob um código hierárquico (poder/não poder⁶⁷; obediência/submissão). Luhmann (2005, p. 540-541) expõe que este conceito, surgido com esta forma a partir dos final do século XVIII, existe como “verdadeiras realizações- em oposição ao mero texto” quando se intenta limitar a influência entre Direito e Político por estes canais previstos, excluindo uma série de outros (o terror político, a corrupção política, o uso de posições jurídicas do controle da economia, que passam a ser continuamente vistos como “desvios” e “problemas a serem superados”), apontando uma marca na diferenciação funcional entre os sistemas.

Deste jeito, com este acoplamento, Direito e Política tornam-se, simultaneamente, fechados (já que diferentes entre si, autônomos, com regras e códigos próprios) e abertos (pois acabam regulando matérias em comum, dada a permanência em ambientes similares, embora com enfoques diversos- dado o fechamento operacional de cada).

A Constituição é, portanto, o grande momento de limitação da zona de contato entre os sistemas, gerando problemas sobre o que fazer para lidar com a variabilidade de questões geradas por este ponto de “fricção” com duração temporal considerável. Um caso concreto em que podemos perceber isto é o das exigências de probidade e moralidade na Administração Pública, previstas no *caput* do art. 37 da Constituição Federal, o dispositivo em si não altera cada realidade, mas dá ensejo a decisões judiciais e legislação reguladora própria, como pode dar ensejo a medidas moralizadoras no âmbito do Poder Executivo.

66 Trata-se também de uma observação de segunda ordem, nos termos de Nafarrate (2009, p. 188), a partir das aulas de Luhmann: “Ao alcançar a especificação temática dos conflitos, o sistema político observa-se a si mesmo como sistema que tem que levar em conta os interesses que os provocou, mas que também tem que tomar distância deles”. - Esta é nossa tradução a partir do versão em língua espanhola do texto, de J. Nafarrate.

67 Uma outra forma de nomear o código seria governo e oposição. Sob a leitura de uma teoria democrática idealista talvez soe escandaloso, mas no âmbito da teoria sistêmica, resta claro que há maiores potencialidades em quem está no governo do que na oposição, de que aquele guarda mais poderes que este – daí a noção de hierarquia. Ambos guardam importância, mas a distinção consiste em quem detém o poder do Estado, que é “o centro de diferenciação organizativa” da Política moderna. V. Campilongo (2011C, p. 74)

Destaque-se que a Constituição, para Luhmann, não significa meramente o texto, nem tampouco “as normas” extraídas a partir dele, como considera a teoria jurídica predominante hoje. Constituição é vista aqui sob a ótica da instauração do próprio “Estado Constitucional”. Nafarrate (2009, p. 390), reconstruindo as lições de Luhmann define a questão do seguinte modo:

Nossa suspeita é que o acoplamento estrutural entre sistema político e sistema jurídico se desenvolveu como “Estado”. [...] Por outro lado, o Estado não está investido para deixar esta função de acoplamento estrutural sob qualquer forma. Necessita-se de uma solução altamente artificial que permita observar o direito do ponto de vista da política e a política do ponto de vista do direito. Este arranjo artificial nós o conhecemos com o nome de “Constituição”⁶⁸ (tradução nossa)”

E em sua obra definitiva sobre o sistema jurídico, Luhmann (2005, p. 489) toma o Estado de Direito como “consequência da universal relevância social do Direito”, de sua autonomia, enfim, já diferenciado funcionalmente – ainda que com ligações estruturais – da Política.

Por isto Campilongo (2011B, p. 78), a partir de Luhmann (2005, p. 482), situa as relações de imbricação entre a Política e o Direito em diversos lugares, para além do que está estritamente previsto no texto constitucional: quando o sistema político produz as leis, concede ao Direito “premissas decisórias” e ao mesmo tempo, reforça sua efetividade por meio de coerção (polícia, prisões). De outro lado, o sistema jurídico legitima as decisões políticas e o uso da força pelo Estado (inclusive com o consagrado “monopólio”). A estes fenômenos em níveis de referência⁶⁹, chama-se prestação do Direito ao sistema político e vice-versa.

É assim que o sistema político aceita o uso do sistema jurídico como instrumento para formas de organização estatais e o Direito encontra a observação dos mecanismos da Política que lhe conferem efetividade, com significados distintos para um e para outro. No exemplo feliz de Campilongo (2011C, p. 98), os paradoxos e tautologias do sistema jurídico são explicados com referências ao sistema político e vice-versa. Neste sentido, a definição de que “legal é o que é posto por lei” torna-se “legal é aquilo que é estabelecido pela vontade do povo que elege os representantes responsáveis pela votação e edição da lei”, ao passo que a limitação do Legislativo às suas determinações é justificada pelo “princípio da legalidade”.

⁶⁸ Em espanhol, por J. Nafarrate: Nuestra sospecha es que el acoplamiento estructural entre sistema político y sistema jurídico se há desarrollado como ‘Estado’ [...] Por outra parte, el Estado no está investido para llenar esta función de acoplamiento estructural bajo cualquier forma. Se necessita una solución altamente artificial que permita observar el derecho desde el punto de vista de la política, y la política desde el punto de vista del derecho. Este arreglo artificial lo conocemos nosotros con el nombre de ‘Constitución’.

⁶⁹ V. item 1.2. deste trabalho

Ou, como Luhmann (2005, p. 130) mesmo confirma⁷⁰: “A obrigatoriedade das questões jurídicas se realiza somente por meio da associação à função política- que se encarrega das decisões coletivas vinculantes; a política pode recorrer ao recurso da imposição”.

Além da visão de acoplamento estrutural, é importante mencionar a visão complementar de Teubner (1993, p. 127-132) sobre o assunto, quando pensa que a regulação social pelo Direito ocorre por meio de “informação” e “interferência” – o que resulta na tese do “Direito reflexivo”, i.e., as consequências operacionais do fenômeno jurídico se identificar como um sistema autopoietico em meio a diversos sistemas autopoieticos. Como dito, Teubner não nega, mas busca refinar e especificar a maneira de atuação da regulação jurídica. Sobre as informações, não há como afastar de que o ambiente, também chamado de entorno, atribui “conhecimento” a partir da irritação dos sistemas.

A grande questão seria a “implementação” concreta da regulação jurídica afora do mundo do Direito (subsistema autopoietico). Uma chave da visão teuberiana é que ele, ao contrário de Luhmann, percebe a autopoiese em graus variáveis, o que significa a autonomia social como uma “realidade gradativa”. Desta maneira, haveria autonomies diferentes e graus de abertura dissonantes conforme fosse o caso e a questão. A partir daí, Teubner (1993, p. 155-165) investiga o que ocorreria na regulação do jurídica em outro sistema, primeiro sob o aspecto da “observação intersistêmica”. Por intermédio desta, o Direito cria “abstratamente” um modelo de realidade similar ao do subsistema a ser regulado (“invenção do meio envolvente”) e formula as normas a partir desta referência- dado seu caráter *reflexivo*. De outro modo, o sistema regulado “inventa” uma imagem a partir daquela regulação e suas operações ocorrem a partir daquela imagem – nunca a partir do subsistema “regulador” em si. Estas observações recíprocas variariam de acordo com “padrões similares”, na chamada covariação.

Dada esta evolução “cega” entre os sistemas (o Direito e o outro regulado, que pode ser a economia ou a política, p.ex.), o subsistema jurídico teria de buscar o aprimoramento, tomando maior conhecimento sobre os processos, funções e estruturas do subsistema social regulado, incrementando assim sua “imagem criada”. Esta é uma forma “indireta” de regulação, porque se trata apenas de uma influência em processos de outros sistemas.

Uma outra maneira mais direta seria a interferência, possível em sistemas “homogêneos”. Assim, para sistemas heterogêneos (os indivíduos como sistemas psíquicos e

⁷⁰ Tradução nossa a partir tradução em espanhol de J. T. Nafarrate

os sistemas sociais) só caberia a observação cognitiva mesmo. Para sistemas similares, como os sistemas sociais, que são compostos de comunicação, restaria a possibilidade de interferência. Esta seria possibilitada devido à natureza dos atos de comunicação especializado. Para Teubner (1993, p. 177), este ato “está ligado a dois circuitos comunicativos diferentes, um da sociedade e um do Direito”. Esta ligação “estrutural” ainda faz com que a autopoiese permaneça, pois não insinua intervenção no plano operacional: cada sistema continua autônomo nas suas operações de reprodução⁷¹.

Assim, por guardar alguma ligação com o ambiente, por meio deste circuito, a comunicação jurídica resulta em uma conexão comunicativa efetiva com os outros sistemas sociais – o que não afasta a necessidade de especializar o Direito, aproximando a sua observação de como funcionam os outros sistemas: ao contrário, isto tenderia a gerar melhores resultados na regulação.

Contudo, um problema se apresenta ao Direito. A tendência irresistível ao aumento de complexidade e, por tabela, de irritações a partir do ambiente, em feitos os mais diversos traz grandes pressões ao sistema jurídico – que põem em dúvida a sua capacidade de manter operando sob a função estabilizadora de expectativas. Luhmann (2005, p. 119) vê que há riscos de a política “afetar destrutivamente” a autonomia jurídica em seus pontos de acesso. Há riscos evidentes de que isto aconteça, quando se exige do Direito algo que vá além da sua codificação ou para o que as suas estruturas (procedimentos, tribunais, etc.) não estejam preparados para realizar.

Neste sentido, há um dos trechos mais controversos que levou a acusações do “caráter conservador” da Teoria dos Sistemas, quando Luhmann (2005, p. 551) questiona até que ponto a eleição dos “valores fundamentais” e a implantação dos direitos provenientes do chamado Estado de Bem-Estar Social não poria em risco as limitações, de lado a lado, estabelecidas pela Constituição, na medida em que “superestruturaria” e “mediatizaria” a interpretação da Constituição, mantendo-a como uma cláusula constantemente aberta.

Ao “preparar as possibilidades de legislação”, o sistema jurídico se expõe à influência política e, com a democratização, o sistema político se expõe a decidir sobre como seria o Direito modificado. Na medida em que o Direito adota “um programa geral de valores” como

⁷¹ Habermas (2012, p. 80-82) entende que a solução teuberiana destrói o “edifício conceitual” da teoria sistêmica, pois considera que não restaria lugar para esta comunicação mais ampla numa sociedade descentrada. A seu ver, é o Direito que atua integrando o “sistema” com o “mundo da vida”.

padrão e lastro decisório, torna sua atividade menos estabilizadora e mais interventora do terreno político. Um direito passa a ser considerado cada vez mais circunstancialmente, levando em conta apenas condições de conveniência.

No particular, parece procedente a visão de Luhmann, eis que as instâncias decisórias jurídicas passam a discutir e ser discutidas não sob um feixe autônomo de estruturas, mas sob uma ótica estritamente hierárquica, acerca da conveniência concreta ou não da decisão. E com isto, ao invés de se limitar a Política, como tem sido o intento primordial das Constituições, aquela acaba se expandindo.

A visão de que esta é uma tese estritamente conservadora carece de sentido (e em certo grau, é reflexo da expansão da Política sobre outro sistema social, o da ciência, pois há certa visão que julga impossível que possa haver ciência ou literatura ou qualquer observação sem consequências políticas diretas⁷²), tendo em vista a preocupação de Luhmann ser outra: a preservação do caráter autônomo dos sistemas jurídico e político, sem que um intervenha diretamente e imponha ao outro o funcionamento de suas operações, o que tenderia a gerar mais ruídos numa sociedade complexa⁷³. O teórico dos sistemas autopoieticos parece considerar a diferenciação funcional uma conquista da modernidade⁷⁴, na medida em que possibilita o desenvolvimento de uma sociedade mais plural (policontextural).

Como já mencionado, em sua visão, o acoplamento estrutural tem um papel não só expansivo, mas também excludente, limitador- daí sua posição “ortogonal”: somente em alguns pontos há ligação entre estruturas, em outros, cada sistema é autônomo e sem dependência do outro.

Conforme se verá, porém, há questionamentos a respeito da existência plena da diferenciação funcional em quaisquer circunstâncias, como faz Marcelo Neves (2007), a despeito de usar boa parte do instrumental da teoria dos sistemas, tratando do uso “simbólico”

72 Teubner (1993, p. 128) rechaça estas críticas de modo exemplar: “Não vamos entrar aqui nesta discussão sobre as funções e a instrumentalização da política da teoria autopoietica, não apenas em virtude da absoluta imprevisibilidade do sentido dessa instrumentalização – já que fornece pontos de apoio para todos os gostos: o princípio da subsidiariedade para os neoconservadores, o princípio da auto-regulação do mercado para os neoliberais, a autonomia das esferas para os neo-socialistas, as estruturas autônomas para os neo-ecologistas -, mas sobretudo pelo facto de a ideia de auto-organização ser simplesmente estranha às coordenadas políticas do tradicional modelo esquerda-direita.

73 Apenas a título de ilustração: Um exemplo possível seria a imposição de uma lógica da conveniência na decisão acerca de um direito subjetivo. Assim, num estágio de confusão entre os sistemas político e jurídico, se o Estado cometer um ato danoso à economia popular (pensemos no famigerado e não tão-hipotético confisco das contas-poupança), a preocupação maior seria não com a violação do direito, mas, com as finanças do Estado. Ainda que isto possa ocorrer, em sociedade funcionalmente diferenciada, há uma série de controles que podem (e têm) de ser exercidos pelo sistema jurídico.

74 Cf. Neves (1996, p. 97; 2008, p. 266).

das Constituições, situação, em que a Política lançaria mão de um manto de legitimação político, em detrimento da autonomia jurídica, algo que será discutido no capítulo de aplicação da teoria dos sistemas ao nosso objeto de estudo.

3 CORRUPÇÃO, PROIBIDADE E CONTROLE PELOS TRIBUNAIS DE CONTAS

Neste capítulo, pretende-se sintetizar como são enxergadas as temáticas da corrupção, do controle e em especial do controle externo exercido pelos Tribunais de Contas. A visão panorâmica que se utiliza diz respeito a aspectos básicos com que a corrupção é analisada, ora pelo Direito, ora por outros campos das Ciências Sociais (Política, Sociologia, abordagens econômicas, e visões não necessariamente identificadas com o moderno conceito de ciência, como o da Moral).

Ainda, chega-se a aspectos mais específicos a respeito da regulação jurídica do controle e de como os Tribunais de Contas estão delineados a partir de alguns desses pressupostos. A partir daí, analisa-se a estruturação e funcionamento desses órgãos, sua ação concreta no campo processual (fiscalizando e nas contas) e, por fim, trata-se das críticas por eles recebidas, o que indica também os empecilhos identificados à sua atuação.

3.1 COMO SE ENXERGA A CORRUPÇÃO

Newton Bignotto (2011, p. 15) noticia uma constatação da pesquisa realizada pelo Centro de Referência do Interesse Público, segundo a qual parcela majoritária da população brasileira “considera o problema da corrupção uma marca da nossa vida pública”, tendo 73% dos entrevistados o considerado “muito grave” e 24% “grave”. Mas, afinal de contas, como definir o que é corrupção, “um dos problemas mais severos e complexos enfrentados por novas e velhas democracias”, como lembra José Álvaro Moisés (2013, p. 202)?

Existem diversas maneiras de abordar o tema, de acordo com a disciplina de estudos e o marco teórico preferencial que se leva em conta, daí porque se pode falar em ser aquele um acontecimento social abrangente e multifacetado. Zani Brei (1996, p. 64) falava em “estágio pré-paradigmático” das pesquisas sobre o assunto nas ciências sociais, donde resulta, p.ex., que Fernando Filgueiras (2012, p. 299) fale em riscos de equívoco teórico no estabelecimento de uma “teoria política da corrupção”, por não haver consenso na tradição ocidental sobre a matéria.

De toda forma, há, dentre várias, a percepção “ética” sobre o fenômeno, que toma a questão “em última instância” como uma questão que pode ser “barrada ou não pela “liberdade decisória de cada um”, como sustentam Clóvis de Barros Filho e Sérgio Praça (2014, p. 66) na

primeira parte de um pequeno livro sobre a matéria. Neste enfoque, a corrupção é uma questão sobretudo filosófica, que indicaria não um estado de coisas, mas um processo típico do “mundo da técnica”. Para os autores, em um mundo organizado pela racionalidade técnica, haveria uma lógica de decisão ínsita à própria estruturação das coisas. A corrupção, enfim, traduziria “[...] a busca de fórmulas alternativas, paralelas e ilícitas; de triunfo de estratégias e acúmulo de recursos”, numa lógica de ascensão social sem as limitações de regras, de ordem moral, inclusive, seguidas por outras pessoas.

Ainda neste sentido ético, Barros Filho e Praça (2014, p. 23-25) utilizam uma espécie de conceituação a partir da etimologia, ao cindirem os termos que deram origem ao vocábulo “corrupção” em dois (“co” e “ruptura”). Com isto, definem a corrupção como uma deterioração orquestrada dos laços sociais, numa dissolução do laço de confiança entre uns e outros no âmbito social. Além disso, embora tomem como necessária que a corrupção indique uma transação entre dois (um agente possuidor de alguma espécie de poder e outro, desejoso do que aquilo lhe pode conferir), supõem possível a existência de corrupção sem o uso do meio “dinheiro”, em que se utilizaria de capital simbólico – seria o caso de negociações e barganhas políticas não motivadas por “interesses de representação”.

Afora este caso típico de corrupção cujo marco está no enlace entre interesses dos agentes público e privado, Céli Regina Jardim Pinto (2011, p. 51-52) fala em outro caso típico: quando o agente público utiliza-se de sua própria condição, “para enriquecimento próprio de pessoas da família, do grupo político, do partido político, ou para uso em campanhas eleitorais”. Esta perspectiva da ética não é a única que trata do tema, também havendo destaque no estudo da corrupção para os enfoques econômico, político e, em grau ainda menor, jurídico.

Numa introdução a um estudo multidisciplinar sobre a matéria, Glaeser e Goldin (2004, p. 5) aludem à natureza metafórica do termo, utilizado inicialmente para o corpo humano e depois convertido em conceito político, na Grécia, visto que “[...] referia-se ao processo pelo qual um sistema de governo em bom funcionamento decai para um que falha em auxiliar e maltrata seus cidadãos¹(tradução nossa)”. Jorge Seña (2002, p. 22) anui com esta origem orgânica do termo, que desde há muito é usado em dois sentidos, tendo ganhado importância

¹ No original, em inglês: its first incarnation, corruption referred to the process by which a well-functioning system of government decays into one that fails to deliver and maltreats its citizens. According to the Greek historian Polybius (c.200-120 BCE), monarchy corrupts into tyranny, aristocracy into oligarchy, and democracy into mob rule.

esta definição social que o identifica com “decadência, degeneração, envilecimento, ilegalidade, ilegitimidade ou imoralidade”.

A partir do século XIX é que o termo teria ganhado uso para o suborno pago a servidores públicos por agentes privados, guardando em comum com o uso mais antigo do termo a visão de que haveria uma perda para a coisa pública da subversão de regras, formais ou implícitas, de comportamento governamental.

Vê-se que, desde muito, a noção de corrupção envolve um processo que envolve ao menos um agente do setor público e outro do setor privado que, agindo em colaboração, terminam por resultar em violação a regras de condutas socialmente estabelecidas, mas não necessariamente jurídicas – em última instância, nem toda corrupção poderia ser considerada ilegal – o que já é uma perplexidade no modo como o Direito deve cuidar da questão². Um exemplo dado por Glaeser e Goldin de corrupção “não necessariamente ilegal” é o de “honest graft³” – em que um agente privado, beneficiando-se de informações (não necessariamente privilegiadas, daí a eventual legalidade) sobre obras públicas, compra terras que se valorizarão em breve. Um outro exemplo, também dado por Garcia e Alves (2011, p. 27) é o de pagamento de “comissões” a agentes públicos de países importadores por representantes das pessoas jurídicas exportadoras, conduta que era tolerada⁴ nesses países, ainda que proibida nos países em que ao agente público desempenhava suas funções. Neste mesmo sentido e com idêntico exemplo, aliás, Jorge Seña (2002, p. 33) afirma:

Um ato de corrupção nem sempre traz em si uma ação penalmente antijurídica. Que o ato de corrupção seja legal ou ilegal, desde um ponto de vista penal, dependerá, por certo, do tratamento que o sistema punitivo ofereça às regras do sistema normativo de referência [...] Segundo muitas legislações, subornar um funcionário público estrangeiro para alcançar, conseguir ou assegurar um acordo mercantil pode não ser considerado uma atividade ilícita, mas nem por isso deixa de ser um ato de corrupção⁵ (tradução nossa).

² V. item 2.2.

³ A tradução literal do termo seria “enxerto honesto”. A rigor, o uso de “graft” é uma metáfora, na medida em que recursos que deveriam voltados ao interesse público são “enxertados” na economia privada. O “honest graft” seria uma forma de fazer isso sem burlar os limites legais. Uma boa e sucinta definição consta em: <http://politicaldictionary.com/words/honest-graft/>.

⁴ Porém, isto vem mudando, tendo em vista as leis que fomentam o chamado “compliance”, nada mais do que a busca para que as pessoas jurídicas empresariais intentem cumprir a lei, evitando manobras ilícitas, embora vantajosas economicamente. Um exemplo foi o das denúncias e processos envolvendo a FIFA, empresas de marketing esportivo, na Suíça.

⁵ Nossa tradução, a partir do texto original em espanhol: “Un acto de corrupción no siempre entraña una acción penalmente antijurídica. Que e lacto de corrupción sea legal o ilegal, desde un punto de vista penal, dependerá, por cierto, del tratamiento que el sistema punitivo ofrezca a las reglas del sistema normativa de referencia [...] Según muchas legislaciones sobornar a un funcionario público extranjero para alcanzar, conseguir o asegurar un acuerdo mercantil puede no ser considerado una actividades ilícita, pero no por ello deja de ser un acto de corrupción”.

A visão de Glaeser e Goldin é concentrada (embora não se restrinja a) no que se perde materialmente— e por isto pode ser vista como “econômica”. O fenômeno poderia ser estudado sob a ótica das perdas de riqueza pública. Ainda assim, pragmaticamente poderia haver casos em que a corrupção funcionaria como um “ganho”, se as regras impusessem de alguma forma uma perda de bem-estar. Não é à toa que esta é uma visão “econômica”, pois importariam menos os “laços sociais” dissolvidos do que a própria sensação de bem-estar⁶. Num apanhado geral de conceitos de corrupção em economia, Antonio Magalhães Ribeiro (2014, p. 22) identifica pontos em comum: “usufruto de benefícios privados por meio de recursos públicos; e a prática de transferência de renda fora das regras tradicionais do jogo econômico”.

Portanto, o estudo da “economia da corrupção” envolve a questão dos seus custos sociais tomados na totalidade – e como majoritariamente é vista a economia, sob a escola da “escolha racional”, é uma visão de custos e benefícios dos agentes envolvidos. Diversas possibilidades, então, se apresentariam: (i) os retornos para corruptos poderiam ser contrabalançados por salários mais baixos pagos já pela expectativa da corrupção dos agentes; (ii) a transferência de riqueza não traria custos totais, já que poderia implicar mera transferência de riqueza de um grupo para outro; (iii) a corrupção política poderia levar a uma crise no respeito aos direitos de propriedade, dando ensejo a um colapso econômico, etc.

A visão econômica, consoante Glaeser e Goldin (2004, p. 7) explicitam, preveem que a corrupção seria esperada quando os benefícios fossem altos e os custos, baixos, cabendo a análise dos fatores que impactam os custos e os benefícios do comportamento dos agentes. Mais uma vez, como no já citado sentido ético, é importante perceber o papel da posição do agente e os benefícios que ele pode oferecer ao agente privado e vice-versa. Tratando-se de economia, o foco é sobretudo patrimonial, naturalmente.

Claro que a visão estritamente econômica não é unânime. Bignotto (2011, p. 39) avalia que, na realidade brasileira, ela deixa em um segundo plano um aspecto da corrupção que traz um risco muito maior à democracia do que o prejuízo material: a existência de um regime livre estaria ameaçada pela “degradação da vida democrática e republicana”. No famoso “Dicionário de Política”, de início, Gianfranco Pasquino (2004, p. 291) restringe o fenômeno à ação do

⁶ Observe-se, porém, mesmo na orientação política do termo, o entendimento de Pasquino (2004, p. 292-293): “[...] num sistema jurídico profundamente formalista e burocratizado, a Corrupção pode, todavia, contribuir para melhorar o funcionamento do sistema e para o tornar mais expedito ao desbloquear certas situações”. Contudo, seu efeito seria meramente “paliativo”.

funcionário público que “[...] é levado a agir de modo diverso dos padrões normativos do sistema, favorecendo interesses particulares em troca de recompensa”, mas logo após traz como um primeiro “tipo de corrupção” a de quem pratica “peita ou uso da recompensa escondida para mudar a seu favor o sentir de um funcionário público”, sendo concentrada na fase decisória do Poder Público, como meio de influência e persuasão.

Visando escapar de uma concepção moralista e também de variações causais que vão desde um comportamento venal à erosão ideológica, e oferecendo uma limitação para seu estudo na relação entre corrupção e desenvolvimento econômico, Joseph S. Nye Jr. (1967, 418) entende que:

A corrupção é um comportamento que se desvia de deveres formais de um cargo público por causa de vantagens privadas (pessoal, familiar, amigos), pecuniárias ou ganhos de status; ou viola regras contra o exercício de certos tipos de influência de vantagens particulares. Isto inclui comportamentos como a chantagem (uso de uma recompensa para perverter o julgamento de uma pessoa em posição de confiança), o nepotismo (apadrinhamento mais por razões de relacionamento pessoal do que por mérito) e malversação de recursos (apropriação ilegal de recursos públicos para usos particulares)⁷. (tradução nossa)

Esta forma de perceber a questão é inserida por Filgueiras (2012, p. 300-302) na agenda das “teorias da modernização”, que buscam identificar nos países desenvolvidos quais foram as mudanças estruturais e institucionais essenciais ao avanço econômico e político, com o fim de viabilizá-lo em “países que não concretizaram esse processo”. A questão seria de “mau funcionamento institucional”, causados por problemas na adaptação dos sistemas às mudanças sociais, inclusive econômicas, que se passariam de lado a lado. Neste ponto, em um apanhado de “teorias sobre as causas da corrupção”, José Álvaro Moisés (2013, p. 204-213) as agrupou em dois grupos: (i) teorias que identificavam o desenvolvimento econômico como fator determinante nas práticas de separação entre esferas pública e privada; (ii) teorias que atribuem à estrutura institucional a influência à atuação dos atores políticos de maneira indevida no trato da coisa pública e na relação com os agentes privados.

Por outro lado, Céli Pinto (2011, p. 51) trata da corrupção de forma mais generalista, “como um fenômeno de grandes proporções que atinge toda a sociedade”, e a identifica com

⁷ No original, em inglês: “Corruption is behavior which deviates from the formal duties of a public role because of private-regarding (personal, close family, private clique), pecuniary or status gains; or violates rules against the exercise of certain types of private-regarding influence. This includes such behavior as bribery (use of a reward to pervert their judgment of a person in a position of trust); nepotism (bestowal of patronage by reason of ascriptive relationship than merit); and misappropriation (illegal appropriation of public resources for private-regarding uses)”.

“ilegalidade” e também com a “apropriação de bens públicos e privados”. Portanto, fica claro que se a corrupção é também uma questão filosófica (e ética/moral) ou econômica, não se trata somente disso. Neste mesmo sentido, acede Filgueiras (2012, p. 305), para quem seria imprescindível, numa definição política, “o apelo a valores e normas bem fundamentados no espaço da política”, pois são estes, pressupostos, que dão ensejo à definição, em si. Entretanto, ainda parece escapar um conceito mais geral de corrupção, com que se possa trabalhar.

De outro lado, José Álvaro Moisés (2013, p. 202) prefere conceituar corrupção como uma situação que “envolve o abuso de poder político para qualquer tipo de benefício privado, inclusive vantagens para os partidos de governo em detrimento da oposição”.

Com o intuito de ser mais preciso e delimitar o sentido do termo, Jorge Seña (2002, p. 22-26) tenta limitar o alcance do significado de corrupção, que não se confundiria, com “medidas estatais de caráter promocional”, como, p.ex., a concessão de incentivos fiscais, mesmo em violação à lei, dado seu caráter geral.

Assim, não seria corrupto quem utilizasse alguma “artimanha eleitoreira” na corrida pelos votos, ainda que isto possa ser considerado uma violação a regras jurídicas (e mesmo morais). Também o “desvio de poder” não poderia ser identificado a um ato de corrupção, em si. Por fim, de forma um tanto controversa entende que não há equiparação plena⁸ entre clientelismo e corrupção, a despeito de suas “semelhanças e a que as causas que podem dar origem a exemplos concretos de ambos os fenômenos podem ser idênticas”. A diferença seria que a definição de clientelismo não necessariamente exige a violação de função institucional e, por outro lado, exige a ascendência de um agente público em relação a outro (ou mesmo aos privados), o que não necessariamente ocorre nos casos de corrupção.

Partindo a uma conceituação positiva, Jorge Seña (2002, p. 32-35) destaca que o ato de corrupção “implica a violação de um dever posicional”, em que se busca alcançar um benefício extraposicional, de ordem econômica, política, profissional, sexual, ou de outro tipo. O que é universal nos atos de corrupção, a seu ver, é a existência de transgressão, por via ativa ou passiva, de maneira que é preciso haver um sistema normativo que seja um ponto de referência. Por fim, uma característica marcante do ato de corrupção seria o segredo ou um mínimo de discrição. Igualmente com esta acepção, Barros Filho e Praça (2014, p. 61-62) tratam da vergonha como afeto indiscernível do ato de corrupção, tendo em vista a possibilidade de

⁸ O professor argentino da Universidade Pompeu Fabra (UPF), em Barcelona, também distingue corrupção de presentes ou gorjeta. Ainda que reconhece a tênue linha que separa os conceitos, acredita ser possível traçar uma demarcação.

ruptura do status de identidade daquele envolvido em um ato de corrupção. A corrupção é um ato que ocorre sob um véu, pois, como transgressão, sua revelação tende a trazer consequências indesejadas.

Vê-se, de logo, que a visão tradicional sobre o assunto destaca a corrupção como algo que diz respeito, acima de tudo, a uma relação que tem na distinção público/privado uma referência fundamental, pois é esta diferença que seria descaracterizada e emborradada por meio dos atos delitivos⁹. Não é que os atos de corrupção sejam típicos exclusivamente do setor público (ou do setor privado) – a visão tradicional é que se tem um ajuntamento de vontades, com o fim de conspurcar alguma norma estabelecida, na busca de algum proveito próprio.

Neste contexto, Garcia e Ávila (2011, p. 22) falam na corrupção como “[...] meio de degradação do interesse público em prol da satisfação do interesse privado”. Também Newton Bignotto (2011, p. 34), ao focar esta questão, acredita ser “[...] de fundamental importância desvelar os mecanismos que tornam possível a colonização do público pelo privado por meio de um processo de desvelamento da faceta estatal da corrupção e ocultação dos interesses privados travestidos pela linguagem do mercado”.

Esta distinção é um preceito fundamental do Estado Moderno, como lembra José Maurício Domingues (2012, p. 158). Como se viu, na configuração do que seria a corrupção, em termos gerais, é preciso pressupor em que consiste o papel do agente público e do agente privado, além da própria relação (processo). Somente desta maneira é que se vai distinguir um ato “legítimo” de gestão administrativa de um ato “corrupto”, com consequências morais e/ou políticas, econômicas, jurídicas.

A respeito desta confusão entre interesses públicos e privados, Leonardo Avritzer (2011, p. 46) destaca e questiona a opinião de certa literatura que trata a corrupção como “consequência natural da sociedade brasileira”, havendo fatores ligados à colonização ibérica e às práticas político-institucionais portuguesas que teriam criado um padrão marcante na política brasileira. Um exemplo deste referencial está na obra de Magalhães Ribeiro (2014, p. 59-104). Keith S. Rosenn (1971, p. 514-516) em clássico texto da matéria resume um certo *habitus* brasileiro, consistente numa constante relação de flexibilização¹⁰ das normas com uma série de finalidades, a depender do seu agente (que pode ser público ou privado). Em alguns casos, esse

⁹ Entenda-se delito aqui, no sentido mais amplo possível.

¹⁰ O termo em inglês é “bending of legal norms”, que optamos por imperfeitamente traduzir por “flexibilização”. O autor alude a conceitos de outros estudiosos, que tratam o “jeito” como “manobra engenhosa” ou “um processo de resolução de dificuldades a despeito do conteúdo das normas, códigos e leis”.

“jeito” confunde-se com os conceitos de corrupção acima citados, em outros aproximam-se de outro tipo de violação das normas (p.ex., sair do alcance de normas consideradas injustas, por meio de evasão fiscal).

Embora Rosenn não considere este fenômeno de buscar “dobrar” as leis diante de certa conveniência como exclusivamente brasileiro, destaca este comportamento como de aplicação “mais universal”, tendo se convertido em verdadeira “instituição paralegal. Além disso, o americano percebe raízes deste fenômeno no passado colonial do país, em que uma Administração gigantesca e (por isso mesmo) insuficiente para abarcar tudo o que pretendia regular, dava ensejo a um controle fraco por parte da metrópole portuguesa e deixando a aplicação da lei e os poderes corriqueiros do Estado na mão de funcionários delegados (ROSENN, 1971, p. 517-522).

Rosenn (1971, p. 523-524) também fala num “legado do caráter português”, traduzido em “tolerância à corrupção”, “falta de responsabilidade cívica”, além de “sentimentalismo” e influências do sistema feudal e do catolicismo numa equação que teria deixado marcas no Brasil. Neste ponto, Orlando Villas Bôas Filho (2009, p. 210 e ss.) qualifica a obra de Gilberto Freyre, Raymundo Faoro e Sérgio Buarque de Holanda como um passo decisivo na superação de uma visão “racial” da sociedade brasileira, mas num enquadramento histórico que atribui a este *ethos* ibérico forte carga de influência na formação do país. Entretanto, o autor questiona quem tome isto como um dado fatalista, inerente à sociedade brasileira e que a impeça de chegar a uma “ordem política racional”. Haveria, portanto, um conflito entre as instituições que passaram a ser estabelecidas, ao menos desde o fim da escravidão e os resquícios do regime patriarcal colonial – tese que seria um tanto distinta da de Faoro, para quem o estamento burocrático impediria a racionalização da ordem estatal. (VILLAS BÔAS FILHO, 2009, p. 222-236).

Contudo, embora não se refira a obras específicas, Avritzer trata como simplista este padrão teórico que cuida da “formação histórica” e a ela atribui marcas indelévels, pois entende haver, no Brasil, uma “disputa entre diferentes concepções de política” e um verdadeiro esforço de aprimoramento institucional, notado especialmente a partir dos anos 1990, que levaria a uma alteração no modo como a corrupção é enfrentada no país.

Também por isso, Bruno Wilhelm Speck (1998, p. 39-40) explicita que não é possível limitar a abordagem da corrupção como inerente aos países subdesenvolvidos (“em desenvolvimento”) economicamente, nem tampouco a Estados autoritários, tendo sido percebido, sobretudo, a partir dos anos 1970, como um problema que pode atingir os EUA

(veja-se o caso “Watergate”), a Alemanha (o financiamento de campanhas eleitorais, que resultou na queda do primeiro-ministro Helmut Kohl) e o Japão. Mais do que isso, o problema da fraude e da corrupção passaram a ser tomados como “desafios centrais para sistemas democráticos consolidados” e mais ainda para países de transição democrática mais recente – neste ponto, tem-se visto a corrupção não como somente um mal cultural dificilmente contornável, mas um fenômeno que tem causas variadas, inclusive, algumas institucionais, razão por que a reforma das instituições estaria ligada a seu controle.

Esta reestruturação institucional está diretamente ligada ao modo como tradicionalmente o sistema jurídico encara a matéria, razão de nosso próximo tópico.

3.2 A ABORDAGEM TRADICIONAL DO PROBLEMA PELO DIREITO – CORRUPÇÃO, DEFESA DA MORALIDADE E O CONTROLE

Na acepção mais comum que se tem notícia, o Direito busca controlar a sociedade, direcionando condutas e emitindo sinais de que o descumprimento acarretará a aplicação de sanções. Conquanto não seja o marco teórico deste trabalho, é importante visitar como as estruturas jurídicas¹¹ comumente tratam do tema.

Está claro que a crítica à corrupção quase sempre vem acompanhada de uma solução antípoda normativa, ou seja, o ditame no sentido de que se aja (indivíduo ou instituições) de um outro modo, reformulado. Como Speck (2000A, p. 47) explica:

O conceito da corrupção está intimamente ligado ao seu oposto, i.e. uma idéia normativa como o processo político-administrativo deveria funcionar. O sistema político-administrativo pode ser descrito como um arranjo que atribui certa estabilidade e previsibilidade ao processo político.

Neste caminho, são projetadas expectativas de comportamento destinados aos atores no sistema político-administrativo. É esperado que os agentes públicos, sejam eles políticos, funcionários públicos atuem conforme regras de procedimento e comportamento, determinados pelo Direito. Também a possibilidade de ser investigado e punido, e deve-se falar aqui tanto no tamanho quanto na certeza da punição, são expectativas ditadas a partir do sistema jurídico, que

¹¹ Para manter a visão funcionalista-sistêmica, poderíamos falar numa mirada acerca da observação de primeira ordem do Direito.

influem de sobremaneira nas condutas¹². Em amplo estudo sobre a Improbidade Administrativa, Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves (2011, p. 7) definem corrupção como

[...] o uso ou a omissão, pelo agente público, do poder que a lei lhe outorgou em busca da obtenção de uma vantagem indevida para si ou para terceiros, relegando a plano secundário s legítimos fins contemplados na norma. Desvio de poder e enriquecimento ilícito são elementos característicos da corrupção.

Destarte, para o Direito, a corrupção importa quando a conduta é considerada ato ilícito. Em alguns casos, é verdade, este procedimento de construção do que é um ilícito jurídico vai sendo influenciado por concepções morais, mas ao cabo, há sim, uma concretização jurídica a respeito. Como Rafael Simioni e Daniela Miranda (2007, p. 4) explicitam, “as expectativas sociais de punição dos corruptos podem ser satisfeitas na medida em que a conduta corrupta estiver tipificada na legislação penal e etc”. Na tradição positivista extraída a partir (mas não somente) da estruturação kelseniana, a questão é de comparação entre o que está previsto na norma deôntica (de dever-ser) e na conduta efetiva das pessoas, cabendo a interpretação e aplicação (no caso, cindidas) do Direito a partir destas premissas. Mesmo em perspectivas “pós-positivistas”, não há grandes diferenças em relação a este modelo.

É bem verdade que muitas vezes há uma busca por causas institucionais, e a solução almejada, ainda que eivada de conteúdo jurídico e, portanto, de ambição normativa e de regulação social, passa pela via institucional. Bo Rothstein (2007, p. 4) pensa que este é o ponto de vista de instituições como o Banco Mundial, mas pensa haver um erro na “gradualidade” das mudanças, pois ele, ao contrário do órgão multilateral, sustenta a hipótese de que seria necessário um grupo de grandes e radicais mudanças (um “Big Bang”) que ajustasse instituições e as expectativas dos atores do sistema político-burocrático. Para ele, não haveria uma “chave mágica” a ser acionada no combate a uma situação de aspecto complexo e causas múltiplas - devendo este ser atacado de forma concentrada. De toda forma, também Rothstein vê na reforma normativa a solução para o problema da corrupção.

Neste sentido, há diversos ramos do Direito que podem tratar desta questão – e está longe do alcance deste trabalho, abordar detidamente como isto acontece. Leopoldo Ubiratan

¹² Speck (1998, p. 48) ainda fala em uma terceira dimensão de expectativa, para além do incentivo normativo, que entraria no “cálculo racional” daquele que pode cometer atos de corrupção: “O funcionário público, além dos benefícios materiais, tem a estabilidade, a estima social e a expectativa de promoção como estímulos positivos para um comportamento íntegro. A opção pela aceitação de um suborno pode ser avaliada como decisão racional, na qual o ator público compara estes benefícios morais e materiais do comportamento honesto com os benefícios e os custos do comportamento corrupto [...]”.

Carneiro Pagotto (2010, p. 120) sustenta que a regulamentação da corrupção (e de seu combate) é difusa pela legislação brasileira, havendo ao menos três subsistemas jurídicos de repressão: um regido pela legislação penal, outro pela administrativa e outro, político-constitucional.

Importa é afirmar que atos vistos sob a ótica da corrupção, podem ser identificados como ilícitos administrativos, político-constitucionais ou criminais (muitas vezes com uma categoria sobrepondo-se à outra). A partir da tentativa de tutelar valores jurídicos violados por atos corruptos é que surgem tipos penais como o de “Corrupção Passiva”, “Corrupção Ativa” ou “Corrupção Ativa em Transação Internacional”, previstos nos arts. 317, 333 e 337-B do Código Penal¹³, respectivamente ou de delitos penais previstos na Lei de Licitações.

Embora não haja identificação plena, é possível falar que o Direito Administrativo cuida da corrupção sob um pálio amplo, o da improbidade, que a inclui, embora não haja identificação exata. Há quem ache, inclusive, como Ana Cristina M. de Pontes Botelho (2010, p. 141), que os atos de corrupção seriam “tecnicamente denominados de atos de improbidade administrativa na legislação brasileira”, inserido a Lei que estabelece-lhes sanções em um “sistema de regulamentação” das condutas corruptas. Não obstante, parece mais acertada a posição de Garcia e Alves (2011, p. 7) quando entendem que há uma relação de “gênero e espécie” entre improbidade e corrupção, situação em que o segundo compõe apenas uma das faces do primeiro. Nesta seara, um conhecido professor da matéria, Carvalho Filho (2014, p. 66) define improbidade como a violação a um dos deveres do Administrador Público, o da probidade, que é nada mais do que a demarcação da atuação do Administrado sob “princípios da honestidade e moralidade, quer em face dos administrados, quer em face da própria Administração”.

Frise-se que, a despeito da comum origem constitucional (a CF prevê, no §4º do art. 37 que seria criada uma lei para a tutela da probidade administrativa), esta não se confunde com o princípio da moralidade (insculpido no *caput* do mesmo art. 37), como também alerta José Afonso da Silva (2010, p. 668-669) e que este é provido de conteúdo jurídico, a despeito do seu conteúdo aberto, como é típico de normas desta espécie. O professor J. Afonso da Silva deixa claro que a “moralidade administrativa não é meramente subjetiva, porque não é puramente formal, porque tem conteúdo jurídico a partir de regras e princípios da Administração”. Isto significa que são os órgãos decisores jurídicos (Tribunais judiciais e administrativos, Administradores Públicos, etc.) que vão lhe conferindo materialidade na prática decisória

¹³ Outros tipos penais, como “Corrupção de água potável”, “Corrupção de substância medicinal”, etc., trazem em si o sentido mais “orgânico” do vocábulo corrupção: como deterioração, decomposição, desconstrução positivo. Naturalmente, há também outros tipos no Código Penal, como o de “Concussão”, identificáveis com o fenômeno da corrupção.

constante, de modo que aquele ultrapasse as noções rudimentares de “moralidade do homem médio”. Ana Cristina Botelho (2010, p. 141) destaca a novidade da CF quando alçou a moralidade a princípio autônomo, permitindo que “autoridades e servidores” pudessem ser acionados por sua violação.

Já a probidade seria uma “[...] forma de moralidade administrativa que mereceu consideração especial da Constituição [...]”. Portanto, a improbidade seria uma “imoralidade administrativa qualificada”, e, portanto, consistiria na violação de uma série de deveres, e foi delimitada em legislação especial, a Lei nº 8.429/1992, na qual uma série de condutas, em tese, foi eleita como violação administrativa, independente de configurarem ou não ilícitos penais. Garcia e Alves (2011, p. 53-58) vão até um pouco além, quando consideram que a probidade inclui a proteção aos “princípios regentes da atividade estatal”, o que, em sua obra, resulta numa ampla lista de princípios – e certamente resultaria numa lista ainda maior de condutas passíveis de punição.

Assim, os arts. 9º, 10 e 11, do respectivo diploma definem extensivamente em que consistira a violação à probidade, tendo nos seus respectivos núcleos: (i) enriquecimento ilícito por meio de ganho de “[...] qualquer vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade” junto ao setor público; (ii) a lesão ao erário por intermédio de “qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens e haveres das entidades” públicas, e (iii) atentar contra os “princípios da administração pública”, bem como “qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições”.

Vê-se, de plano, que a Lei de Improbidade Administrativa é bem ampla no que se refere às condutas previstas e que nem todas estas necessariamente coincidem com atos de corrupção. Como exemplo, pode-se imaginar a situação de alguém que deu causa a perda no patrimônio público por algum ato de negligência ou mesmo incompetência no proceder administrativo – ninguém há de duvidar que isto não é um ato de corrupção, embora traga prejuízos à coisa pública. No entanto, é útil traçar o paralelo, a título de ilustração, no sentido de como o Direito pode encarar atos de corrupção no âmbito da Administração.

De uma terceira lente, o Direito Constitucional cuida das infrações político-administrativas, voltadas a um amplo grupo de ocupantes de altos cargos públicos¹⁴, os agentes políticos, que podem, além de perder direitos políticos, sofrer interrupção dos mandatos (no caso dos cargos eletivos), perda de cargo e função pública, sem prejuízo das sanções em outras áreas.

Ligados à questão da corrupção, aparece o problema da ordenação jurídica. O Direito pretende, então, regular institucionalmente as condutas violadoras da ordem jurídica, por meio de uma série de instituições e preceitos – as instâncias e a estrutura de controle, que, neste caso, está ligado a atos da própria Administração ou que as tenham por vítima.

Numa ampla visão do Estado Constitucional, os meios de controle não diriam respeito, claro, somente a uma análise de atos ilícitos, mas também à própria noção de Estado Democrático, com o fim de evitar a concentração de poderes em quaisquer dos órgãos de Estado. Dentre os diversos pontos de controle (da sociedade sobre si, do Estado sobre a sociedade), haveria o controle da sociedade sobre o sistema político, consoante Speck (2000A, p. 14) ensina:

Um dos pilares da filosofia política ocidental, a partir do pressuposto da soberania popular, é a construção de um modelo de governo baseado no controle institucionalizado que o povo soberano exerce sobre os seus representantes. Os mecanismos de representação e os processos informais de articulação de interesses são elementos centrais dessa concepção.

Sobre a palavra “controle”, Salomão R. Júnior (2014, p. 272) identifica sua origem etimológica no francês *contre-rôle*, uma espécie de verificação, portanto, tendo havido importação da expressão em inglês *controller*, para o campo da administração, no sentido de um comando hierárquico de certo setor burocrático. Daí a adaptação ao uso mais comum, como o referido por Ana Maria Botelho (2010, p. 143), de “fiscalização de atividades, processos, pessoas e órgãos. A autora, aliás, identifica uma série de controles possíveis no Direito. Fala-se, por conseguinte, em:

[...] controle interno, controle externo, controle social, controle jurisdicional, controle administrativo, controle político, controle parlamentar, controle legislativo. Controle, enfim, é uma atividade exercida com o propósito de certificar-se de que algo se cumpra de acordo com o que foi planejado.

¹⁴ Cf. os dispositivos constitucionais o extenso rol daqueles que podem sofrer processo de impeachment abrangem ocupantes dos seguintes cargos: Presidente da República, Ministros de Estado, Ministros do Supremo Tribunal Federal, Procurador-Geral da República, integrantes dos Tribunais Superiores, dos Tribunais de Contas, membros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, Governadores e Presidentes de Assembleia Legislativa de Estado, Prefeitos e Presidentes de Câmaras Municipais, Desembargadores, dentre vários outros.

A própria fórmula típica e idealizada¹⁵ da “Separação de Poderes” de Montesquieu traz em si a noção de controle: cada órgão realiza sua função, sem que um avance sobre as atribuições do outro e se mantenha alguma estabilidade na atuação do Estado. A visão contemporânea deste princípio fundante das democracias, estada na colaboração e controle entre as funções, os pesos e contrapesos (*checks and balances*) não é diferente, dado que tanto Executivo quanto Judiciário e Legislativo exercem alguma forma de influência e supervisão um sobre o outro¹⁶. Com isto, Garcia e Alves (2011, p. 151) qualificam a necessidade de instituir meios de controle como “correlata à própria concepção de Estado Democrático”.

Neste sentido, haveria o controle do sistema político sobre si mesmo, ainda segundo Speck (2000A, p. 15), em que se interporiam “mecanismos de controle mútuo, baseados na constituição de instâncias relativamente autônomas, com poderes de revisão sobre a atuação de outras instituições”. Tendo por centro a ideia de que é a função administrativa que é alvo principal de controle no Estado, Garcia e Alves (2011, p. 152) dividem-no conforme o órgão que por ele é responsável, qualificando-o de jurisdicional, administrativo, qualificando este último de “controle interno ou autocontrole”, ao passo que os outros seriam de controle externo.

Odete Medauar (2014, p. 44-47) traz, por sua vez, uma série de tipologias possíveis, adotou uma um tanto quanto clássica, em que opta pela desvinculação das instituições de controle da tradicional separação de poderes. O seu principal critério diz respeito ao “agente controlador”, a instituição que exerce atividade de controle sobre a Administração. Por isso, ela separa os controles em interno (quando inserido na estrutura administrativa da própria pessoa jurídica controlada), externo (quando o órgão não está na estrutura da controlada, embora pertença à estrutura estatal), extraorgânico ou social (os órgãos que não fazem parte do Estado. A restante tipologia refere-se ao modo de atuação do controle.

O controle interno diz respeito à “fiscalização que a Administração Pública exerce sobre os atos e atividades de seus órgãos e das entidades descentralizadas que lhe são vinculadas” (MEDAUAR, 2014, p. 53 e 57-70), podendo ser exercida de diversas maneiras: (i) pelo próprio agente (autocontrole); (ii) por superiores hierárquicos (órgãos ou pessoas); (iii) por supervisão (um tipo específico de controle hierárquico, exercido pelos Ministérios na Administração

¹⁵ Idealizada porque no próprio modelo utilizado por Montesquieu, a Inglaterra, não havia a separação mais rígida conforme enunciada no “Espírito das Leis”, tendo em vista que a construção do Parlamentarismo britânico é, em si, uma típica forma em que há verdadeira proeminência de um dos Poderes, o Legislativo.

¹⁶ Para não falar de órgãos como o Ministério Público e o próprio Tribunal de Contas – consoante veremos neste tópico – que ocupam uma posição particular no arranjo institucional).

Federal; (iv) por inspeção, auditoria ou correição, atividades gerais de fiscalização administrativa, voltadas à oferta de informação e dados sobre os serviços controlados e destinadas ao agente com poder de decisão e (v) outros, como ouvidoria, controle por pareceres vinculantes e comissões de ética. Destaque-se que o controle exercido pela Administração Direta sobre a Indireta é visto por Medauar (2014, p. 89) como espécie de controle interno, conquanto haja manifestações em contrário entre os estudiosos do Direito Administrativo.

Acerca do controle social, deve-se falar na sua existência no ordenamento jurídico brasileiro, especialmente na análise das contas anuais, como é previsto na Constituição Federal (art. 31, §3º) para as contas municipais e na Lei de Responsabilidade Fiscal (art. 49, da LC nº 101/00) para as demais contas. Além disso, poder-se-ia falar em nesta modalidade de controle nas representações que podem ser oferecidas aos cidadãos perante o Tribunal de Contas e à prática de consultas e audiências públicas, de como há previsão nas Leis nº 9784/1999 (art. 31, §2º).

Contudo, a forma mais detalhadamente estruturada de controle no âmbito do ordenamento brasileiro é o controle externo dos atos da Administração, que pode ser exercido por uma série de órgãos, cuja configuração e âmbito de atuação são complexos. A natureza deste controle é bastante complicada e controversa, pois, de certo modo, o seu desempenho dita o tom da “harmonia entre os Poderes”, visto que a atuação do controle externo limita a independência que lhes é geralmente atribuída. É justamente por esta função de controle que a doutrina majoritária do Direito deixou de cuidar da questão dos Poderes sob a ótica da “separação” e passou a entender sob uma ótica de interdependência e autonomia controlada.

Assim, os controles exercidos pelo Congresso, pelo Ministério Público, pelo Judiciário e também pelo Tribunal de Contas são externos, posto serem órgãos estranhos à Administração fiscalizada exercem amplo escrutínio sobre suas ações, procedimentos e atos.

A especificidade do controle exercido pelos Tribunais de Contas, instituição central deste estudo, é que estas instituições “atuam de forma exclusiva e permanente no zelo pelo bom uso dos recursos públicos”, como lembra¹⁷ Speck (2000A, p. 10).

Neste sentido, cabe agora uma análise detida sobre como os Tribunais de Contas estão estruturados no ordenamento jurídico brasileiro, especialmente nos processos de fiscalização e

¹⁷ O autor refere-se a essas instituições, em geral. A distinção dos Tribunais de Contas é que são as únicas instituições de controle externo que tem esse trabalho exclusivo. Há instituições de controle interno com esse desiderato (controladorias, corregedorias, etc.) e há instituições que são de controle externo e tem esta como uma de suas finalidades, mas não a única (Ministério Público, Legislativos de todas as instâncias federativas, etc.).

de análise de contas anuais, bem como quais seriam os problemas apontados, na literatura jurídica e de ciências sociais, em relação a estes órgãos.

3.3 A ATUAÇÃO DOS TRIBUNAIS DE CONTAS NO CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Uma vez que os Tribunais de Contas são parte primordial do objeto específico da dissertação, é importante verificar sua aparição concreta no Direito brasileiro, com eventuais consequências para o quadro institucional do país.

Para esta análise, é imprescindível examinar (i) a estrutura geral e o funcionamento dos Tribunais de Contas; (ii) a marcha de processos específicos nestes Tribunais, sendo que foi realizado um recorte para os processos de contas e alguns processos de fiscalização e (iii) as críticas e obstáculos percebidos pela literatura especializada acerca da atuação dos processos de contas.

3.3.1 Modo de funcionamento e atuação geral

O Tribunal de Contas da União foi criado ao nascer da República Brasileira, pelo Decreto nº 966-A, de 07 de novembro de 1890, tendo sido integrado à primeira Constituição do novo regime, em 1891, e não mais saindo da estrutura institucional nacional. Aliás, é forçoso afirmar que já no Império, discutia-se, inclusive com aporte da doutrina de Pimenta Bueno (v. CARVALHO, K., 2011, p. 1086), a criação de um órgão específico para a o exame das contas públicas por um órgão independente.

A despeito desta longa história¹⁸ e de sua importância crescente no controle da Administração Pública brasileira, os estudos sobre Tribunais de Contas ainda não contam, salvo exceções de relevo, com um estudo sistemático de sua atuação jurídica¹⁹. E mesmo quando isto ocorre, o foco é no direito material, i.e., os temas que são alvo de controle mais detido pelas Cortes país afora, com destaque para o Direito Administrativo, em especial o campo das licitações, e o Direito Financeiro, com o estudo do Orçamento e das Finanças Públicas, em

¹⁸ V. mais em: http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/institucional/conheca_tcu/historia e RIBAS JUNIOR (2014, p. 283-286).

¹⁹ Speck (2000A) questiona também a falta de interesse das Ciências Sociais no tema, salvo por estudos neo-institucionalistas mais recentes.

geral, sem um estudo específico sobre a estrutura das Cortes, quais são os procedimentos de fiscalização adotados e como funciona o processo ali situados.

No mais, diante do próprio histórico de formação destes Tribunais, há uma concentração na sua percepção como Cortes que tem um enfoque contábil, o que, se não impede, cria obstáculos ao entendimento por parte da comunidade jurídica (e nisto não vai crítica a este ou aquele campo das chamadas ciências sociais aplicadas - é apenas uma constatação movida pelo interesse genuíno de um estudo interdisciplinar que propicie uma melhor compreensão das instituições de controle externo).

Destarte, constata-se, p.ex., ser exíguo o tratamento sobre o processo em marcha nos Tribunais de Contas. Conquanto entendido como processo administrativo, acaba-se lhe conferindo um caráter *praxista*, sem que algumas soluções advindas dos estudos de Direito Processual alcancem os procedimentos de forma mais sistemática e adequada. Mesmo a natureza das decisões acaba não sendo suficientemente estudada, o que gera problemas quanto à possibilidade de torna-las efetivas, com a devida “fase executória”, que realmente imponha o resultado das deliberações aos gestores e a quem mais lance mão de recursos públicos e reforce a legitimidade das Cortes perante a sociedade.

Do ponto de vista do Direito material, embora haja uma gama razoável de estudos, parece faltar uma visão mais integrada acerca do modo como a decisão é construída, pois o que se tem visto é a alternância entre um “pessimismo” generalizado, que atribui todas as decisões ao interesse político e um “tecnicismo” estéril, quando se confere aos órgãos superiores das Cortes de Contas mera função de chancela do importante papel desempenhado pela área técnica.

Essa falta de visão integrada ocorre, inclusive, na percepção institucional dos Tribunais de Contas, que são vistos numa zona cinzenta entre o Direito e a Política – o que repercute na autoridade de suas decisões. Neste sentido, ao contrário do que assentam uma compreensão supostamente mais pragmática, faz-se premente a relevância dos estudos e da concretização sistemática do Direito acerca da natureza das decisões dos Tribunais, se jurisdicionais, quase-jurisdicionais ou administrativas, mais por motivos práticos do que teóricos, na medida em que poderia reforçar a autoridade destas entidades de controle.

O escopo deste trabalho é uma análise geral sobre o funcionamento dos Tribunais de Contas, com alguma ênfase em questões pontuais, acerca das relações entre Direito e Política nestas Cortes e em como esta relação se dá. Não obstante, para que alcancemos uma noção mais ampla, será preciso limitar a visão genérica a respeito da estrutura e do funcionamento, ainda

neste capítulo, a dois dos Tribunais existentes no Brasil. O primeiro é o TCU, que serve de paradigma geral aos outros órgãos similares em Estados e Municípios, seja pelo chamado princípio da simetria constitucional²⁰, seja pela sua competência, que abrange todos o território nacional. E o outro é o Tribunal de Contas dos Municípios do Estado da Bahia, que será utilizado como contraponto institucional local à realidade do órgão fiscalizador da União.

Dito isto, é cabível passar à análise geral.

Sem qualquer dúvida, é a Constituição de 1988 a que, até pelo seu caráter analítico, tratou de esboçar mais contornos e ampliou²¹ os dispositivos utilizados para o regramento da atividade dos Tribunais de Contas. Como já dito, são vislumbrados sob o manto do controle externo, i.e., daquelas atividades de fiscalização sobre a Administração que são exercidas por órgãos diferentes daqueles fiscalizados (junto a seus dirigentes e demais responsáveis, também por danos, caso não ocupem cargos ou posições públicas). Naturalmente, seu reflexo foi sentido nas diversas ordens constitucionais locais, muito em razão da “simetria constitucional”. Assim, impõe o art. 71²², da CF²³”, que “O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União [...]”. E isto se destaca quando a base de comparação é a primeira Constituição republicana, que só no art. 89, nas “Disposições Gerais”, enuncia que o órgão é instituído “para liquidar as contas da receita e despesa e verificar a sua legalidade, antes de serem prestadas ao Congresso”.

Se a comparação é a Constituição de 1967 (e a Emenda nº 1, de 1969, que, neste ponto, ao menos, não trouxe alterações significativas), ainda assim, nota-se grande diferença. A Constituição de 88 acresceu ainda mais a competência dos Tribunais de Contas, obrigando à prestação de contas de todos as pessoas que participem de alguma movimentação com recursos públicos.

No seu art. 75, inclusive, a Constituição Federal consagra de modo expreso, a necessária simetria que tem de haver entre as regras que organizem os Tribunais de Contas nos

²⁰ Gilmar Mendes e Paulo Branco (2012, p. 872-874) tratam-no como uma norma que foi extraída da prática do controle de constitucionalidade exercido pelo STF sobre algumas das inovações jurídicas criadas pelas Constituições estaduais. A definição, para os autores é a seguinte: “a obrigação do constituinte estadual de seguir fielmente as opções de organização e de relacionamento entre os poderes acolhidas pelo constituinte federal”.

²¹ Também neste sentido, um estudo fora da área jurídica: SPECK (2000A, p. 19).

²² Para os Municípios, vale mencionar a regra expressa do art. 31, §3º: “O controle externo da Câmara Municipal será exercido com o auxílio dos Tribunais de Contas dos Estados ou do Município ou dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios, onde houver.” Para estas unidades e os Estados, ainda vale o art. 75, da CF, que serve de legitimidade à constituição das Cortes de Contas Estaduais.

²³ Ademais seguido pelos demais ordenamentos, por causa da já aludida “simetria constitucional”. O equivalente na Constituição da Bahia é o art. 91.

Estados e o que consta no maior diploma do ordenamento jurídico brasileiro. De outro lado, o art. 31, §1º, da CF enuncia que os Tribunais de Contas Municipais, onde houver, auxiliam as Câmaras Municipais na sua função de controle. Contudo, isto se limita a onde já havia este tipo de Tribunal de Contas²⁴ quando da promulgação do texto constitucional. Assim, o §4º, do art. 31, veda a criação de novos Tribunais ou Conselhos de Contas Municipais.

De início, o *caput* do art. 71 da Constituição estipula o papel auxiliar do Tribunal de Contas da União ao Congresso Nacional, no controle externo, expressão que envolve um amplo leque de fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial do ente político, tanto na Administração Direta quanto na Indireta.

Se é verdade que o texto constitucional deixa margem de dúvida quanto ao *status* das Cortes de Contas em relação à clássica tripartição dos Poderes do Estado, é forçoso reconhecer que há autonomia²⁵ destes órgãos, porquanto gozam de quadro próprio de pessoal, seus Ministros (no caso do TCU; Conselheiros, para os outros Tribunais de Contas) têm as mesmas prerrogativas dos juízes e há uma lei própria de auto-organização, chamada de “Lei Orgânica”. A despeito disto, autores como Carvalho Filho (2012, p. 994-999) e Kildare G. Carvalho (2011, p. 1085-1089) sustentam que eles integram a estrutura do Poder Legislativo.

Entretanto, há quem advogue posição distinta, sustentando que os Tribunais de Contas constituem um “quarto gênero”. É a visão de Odete Medauar (2014, p. 152-153) e também de Wilson A. de Souza (2011, p. 206), pois, para eles, as Cortes de Contas não se amoldam tranquilamente à estrutura de nenhum dos Poderes da República (ou das Funções, exercidas pelos Órgãos da República), a despeito de sua inserção pelo Constituinte no capítulo destinado ao Poder Legislativo. Esta condição “*sui generis*” seria garantida pela já citada autonomia, e mais, pelo caráter decisório²⁶ das respectivas manifestações. Numa análise de cariz sociológico, Eduardo Lopes Jr. (2007, p. 86) entende que a CF/88 reproduziu equivocadamente, dispositivos anteriores referentes ao Tribunal de Contas, em contradição à vasta competência funcional que conferiu como modelo a estas cortes. Tal questão polêmica voltará a ser abordada mais à frente, quando se discute o papel jurisdicional destes “órgãos de contas”.

²⁴ Existem 6 (seis) Tribunais de Contas destinados a avaliar contas municipais. Dois são órgãos municipais (São Paulo e Rio de Janeiro, só há apreciação das contas das capitais) e quatro estaduais, voltados às contas de todos os Municípios do Estado. São eles: Bahia, Ceará, Goiás e Pará.

²⁵ Neste sentido de órgão que não se encaixa perfeitamente nos Três Poderes, chama a atenção, p.ex., a revogação do art. 69, da Constituição baiana, pela EC nº 07/99, dispositivo que incluía, “entre os órgãos e entidades” do Poder Legislativo os Tribunais de Contas. Além disso, vê-se, no art. 70, V, que trata da competência legislativa da Assembleia, a posição dos Tribunais de Contas ao lado do Ministério Público, p.ex.

²⁶ No caso, só o prof. Wilson sustenta a natureza jurisdicional de algumas decisões dos Tribunais de Contas. A profa. Odete não defende tal posição conforme se verá adiante.

Quanto ao controle de “legalidade, legitimidade e economicidade” previstos no *caput* do art. 70 constitucional, Lucas Furtado (2013, p. 892-896) sustenta que a fiscalização exercida pelo TCU abrange um exame amplo de conformidade dos atos com o ordenamento jurídico, cabendo às Cortes de Contas, inclusive, o controle de constitucionalidade, cf. prevê a Súmula 347,²⁷ do STF. Estes poderes levariam à competência dos Tribunais de Contas, inclusive para impugnar os atos que violem a ordem jurídica, inclusive a rescisão de contratos, o que é certamente polêmico na doutrina e na prática judiciária, que muitas vezes relutam em reconhecer esta Competência às Cortes de Contas. Importa, no entanto, concluir que a prática destes órgãos de controle externo tem ido ao encontro de uma análise de mérito dos atos administrativos, conquanto esta não seja completa – p.ex., pode reconhecer a anti-economicidade de um ato, mas se um ato respeitar a economicidade e não violar a legalidade ou legitimidade, não caberia qualquer juízo acerca de sua conveniência, naturalmente.

Seguindo a análise da tessitura constitucional dos Tribunais de Contas, verifica-se ampla competência no processamento das contas de todos os responsáveis por “dinheiros, bens e valores públicos”, além da possibilidade de atividades de fiscalização de inspeções e auditorias e até o de sustar²⁸ atos ali impugnados, caso seja detectada alguma irregularidade. Outro sintoma de abertura dos Tribunais à sociedade é a possibilidade de qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato denunciar irregularidades e malfeitos no trato com a coisa pública, aberta pelo art. 74, §2º²⁹.

A Constituição ainda impõe os critérios para a escolha dos membros dos Tribunais de Contas (art. 73), o que, por força do art. 75 já mencionado, é aplicado em todas as Cortes de Contas brasileiras, inclusive apresentando uma divisão em que não só o Congresso, mas também o Presidente da República indica membros do Tribunal.

Segundo o §1º do art. 73, os 9 (nove) Ministros do TCU são nomeados a partir de critérios muito semelhantes aos que constam aos de Ministros do Supremo Tribunal Federal,

²⁷ O enunciado da Súmula é: “O Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público”. Há uma série de Mandados de Segurança impetrados no STF em que se discute a eventual não recepção desta Súmula pela ordem constitucional pós-1988. Ainda que o TCU e autores como Lucas Furtado (2013, p. 984) defendam a recepção, o STF ainda não apreciou no mérito esta questão. No MS nº 25.888/STF, houve deferimento de liminar pelo Min. Gilmar Mendes.

²⁸ Uma questão polêmica diz respeito à eventual competência dos Tribunais de Contas para suspender contratos. O § 1º do art. 71 da Constituição atribui este poder ao Congresso Nacional, que deve exercê-lo em 90 dias, conforme enuncia o §2º. Contudo, há uma abertura à manifestação da Corte de Contas, em caso de omissão do Congresso Nacional, o que enseja interpretação no sentido de que haveria uma restrita possibilidade de os próprios Tribunais de Contas sustarem a execução de contratos administrativos, o que aumentaria sua importância.

²⁹ V. Art. 92 da Constituição do Estado da Bahia.

porquanto há dois requisitos idênticos (idade entre 35 e 65 anos, idoneidade moral e reputação ilibada) e um terceiro, muito parecido (notórios conhecimentos jurídicos, contábeis, econômicos e financeiros ou de administração pública), com a diferença de o conhecimento especializado não se cingir à área jurídica. A maior distinção está no inciso IV, que prevê a precisão de mais de dez anos em exercício de função ou atividade profissional que exija os conhecimentos previstos no inciso III. Isto, contudo, é alvo de uma interpretação extensiva por parte dos sistemas político e jurídico, criando consequências para a maneira de gestão das Cortes, como se discutirá no próximo capítulo deste trabalho.

Entretanto, o provimento dos cargos ganha destaque, pois se diferencia do que ocorre em Tribunais judiciais. No TCU, a escolha dos Ministros é dividida, sendo que dois terços (seis dos integrantes, portanto) são livremente escolhidos pelo Congresso Nacional, ao passo que o Presidente da República escolhe 3 (três) Ministros (nomes que devem ser aprovados pelo Senado Federal, similarmente ao que ocorre no STF), sendo que apenas uma vaga é de livre escolha. Para as outras duas, a Constituição determina que, alternadamente, a indicação do Presidente deve ocorrer dentre os Auditores e membros do Ministério Público de Contas.

Esta circunstância reforçaria a tese de que os Tribunais de Contas não se amoldam perfeitamente à estrutura do Poder Legislativo, dada a indicação de 1/3 dos seus membros pelo Chefe do Executivo³⁰, o que certamente vai de encontro à maior rigidez que há num regime presidencialista, por maior que seja a influência dos freios e contrapesos. No caso dos Estados (e para os Tribunais de Contas dos Municípios que restaram), a Constituição fixa o número máximo de integrantes das Cortes, ora nominado Conselheiros, em sete.

É assim que o art. 94 da Constituição do Estado da Bahia determina a composição dos Tribunais de Contas, na mesma proporção, sendo os requisitos previsto no §1º. Acerca da divisão de vagas, tendo em vista que o número de sete era divisível por três com sobras, houve discussão em diversos Estados sobre como as vagas seriam preenchidas: se a Assembleia nomearia 4 ou 5 Conselheiros, a ponto de ter sido necessária a edição da Súmula nº 653, do STF, que dispõe:

No Tribunal de Contas estadual, composto por sete conselheiros, quatro devem ser escolhidos pela Assembleia Legislativa e três pelo Chefe do Poder Executivo estadual, cabendo a este indicar um dentre auditores e outro dentre membros do Ministério Público, e um terceiro à sua livre escolha.

³⁰ Nas Constituições anteriores, o Presidente indicava todos os membros, o que só reforça o caráter específico dos Tribunais de Contas.

As garantias, prerrogativas, impedimentos, vencimentos e vantagens dos Ministros são as mesmas dos Ministros do STJ (art. 73, §3º, CF), ao passo que o regime dos Conselheiros é equiparado ao dos Desembargadores dos Tribunais de Justiça, conforme, e.g., art. 94, §2º, da Constituição Baiana.

Ainda no desenho estrutural mínimo que a Constituição impõe a esses Tribunais, é preciso mencionar duas “figuras institucionais” que os compõem, de modo muito específico. De um lado, os Auditores, que são mencionados no §4º, do art. 73, como substitutos de conselheiros, e ainda, como portador das garantias dadas aos Juízes dos Tribunais Federais (ou seja, a segunda instância da magistratura federal), “no exercício das demais atribuições da judicatura”. Neste ponto, parece que o próprio texto constitucional reconhece que há, na atividade da Corte, um papel que vai além do mero auxílio ao Legislativo, consoante ver-se-á. Estes auditores possuem duas funções essenciais na Corte de Contas. Segundo J. U. Jacoby Fernandes (2012, p. 819), sua função “ordinária consiste em participar do plenário ou da câmara e relatar processos definidos especificamente nos regimentos internos como de sua competência [...]”, enquanto a extraordinária seria substituir os Ministros (ou Conselheiros) titulares, nos impedimentos eventuais e não eventuais. Em lição similar, Lucas Furtado (2013, p. 890) afirma: “Quando não estão convocados para substituir ministro, os auditores relatam processos nas sessões deliberativas e apresentam suas declarações de voto”, mas estas não contadas, salvo em caso de convocação. Afinal, haveria um trabalho prévio de relatoria do voto, cabendo, porém, aos Ministros a votação em si.

Contudo, é verdade que o modo como ocorre o papel dos auditores-substitutos de Conselheiros varia e no caso do Tribunal de Contas dos Municípios, a relatoria de processos somente ocorre na vacância ou afastamento temporário dos Conselheiros, conforme art. 94, §3º da CEB e art. 20, da Lei Complementar Estadual nº 06/91 (Lei Orgânica do TCM/Bahia). Esta própria Lei Orgânica deixa as atribuições para a previsão regimental. Contudo, uma recente Lei Estadual, nº 13.205/14 já as delimita³¹, prevendo a possibilidade de que os auditores exerçam “atribuições de judicatura”, nos termos de uma vindoura Resolução. Neste caso, parece que a diferença da Corte de Contas baiana para o modelo do órgão nacional foi resolvida no plano

³¹ Cf. art. 6º, §1º, I, da referida Lei: “auditor - com previsão e atribuições estabelecidas pelo inciso I e no § 3º do art. 94 da Constituição Estadual, compreendendo: exercer, mediante convocação do Presidente do Tribunal, no caso de vacância, as funções relativas ao cargo de Conselheiro, até novo provimento, observado o critério do rodízio; substituir os Conselheiros em suas ausências e impedimentos, observado o critério do rodízio; substituir os Conselheiros, mediante convocação do Presidente do Tribunal, para efeito de quórum do Tribunal Pleno ou das Câmaras; exercer atribuições de judicatura conforme estabelecido em Resolução; supervisionar, orientar, coordenar e executar auditorias especiais determinadas pelo Tribunal Pleno; emitir parecer técnico em matéria relevante, quando requerido na forma do Regimento Interno;”

legislativo, no sentido de conferir aos auditores participação maior na relatoria de processos do que hoje ocorre – restando por aguardar a efetivação da medida, porém.

Outra figura que merece destaque, até por sua diferenciação e especialização, é o Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, que ainda causa estranheza, dado o seu nome, de um lado, e o seu caráter, integrante da estrutura dos Tribunais, de outro. Odete Medauar (2014, p. 183) lembra que a Constituição Federal não inseriu o Ministério Público de Contas na estrutura do Ministério Público da União, reservando um dispositivo próprio (e, acresçamos, sucinto) aos seus membros, o art. 130, que confere aos seus membros “os direitos, vedações e forma de investidura”.

Neste sentido, há alguma controvérsia acerca da natureza deste órgão, se constituinte do Ministério Público ou se da estrutura dos Tribunais de Contas. O STF tem enfrentado a matéria eventualmente e mantém um grau de coerência, ao reconhecer que o Ministério Público especial de Contas integra a estrutura do próprio Tribunal. Assim, na ADIN nº 789-1 (Rel. Min. Celso de Mello), ajuizada pela Confederação Nacional do Ministério Público, em que se discutia (e indiretamente pleiteava) o preenchimento das vagas neste órgão e a reserva da vaga de Ministro para membro do MPU, o Supremo decidiu³²:

O Ministério Público junto ao TCU não dispõe de fisionomia institucional própria e, não obstante as expressivas garantias de ordem subjetivas concedidas aos seus Procuradores pela própria Constituição (Art. 130), encontra-se consolidado na “intimidade estrutural” dessa Corte de Contas, que se acha investida- até mesmo em função do poder de autogoverno que lhe confere a Carta Política (art. 73, *caput*, in fine)- da prerrogativa de fazer instaurar o processo legislativo concernente à sua organização, à sua estruturação interna, à definição do seu quadro de pessoal e à criação dos cargos respectivos.

Jacoby Fernandes (2012, p. 825-842) concorda com a posição do STF³³ e trata da necessidade de descrever o histórico e o papel institucional deste Ministério Público especial para que se compreenda seu papel constitucional. E isto porque a figura do Ministério Público Especial de Contas já existia desde a primeira Constituição republicana, quando o Ministério Público comum integrava o Poder Executivo- o que poderia criar embaraços ao controle das contas públicas exercido pelo Tribunal. Hoje, a despeito da posição de autonomia do Ministério Público na ordem constitucional, a tradição e a especialidade deste órgão serviriam de fundamento para manutenção deste órgão *sui generis* no controle externo da Administração

³² No mesmo sentido: ADIN nº 3315/2008, Rel. Min. Ricardo Lewandovski. De modo ainda mais flagrante, na ADIN nº 160-4³² (Rel. Min. Octavio Gallotti), o STF sustentou que havia inconstitucionalidade na Carta Estadual do Tocantins, pois ali foi conferida autonomia institucional ao Ministério Público de Contas:

³³ Em contrário, por todos: SILVA (2004, p. 25)

Pública. A integração do Ministério Público de Contas à estrutura do Tribunal não impede, porém, como lembra Caldas Furtado (2013, p. 591-593), em alusão à manifestação do STF, que seja determinada a autonomia funcional do MP de Contas, como exigência de respeito à própria ordem jurídica.

Vale mencionar, a título informativo, que a Constituição ainda determina uma série de competências no campo do controle do Legislativo (e aqui, há quem fale no Tribunal de Contas atuando como órgão de controle interno, o que é controverso), em conjunto com outros Poderes da República, assim como eventual apreciação de projetos de lei orçamentária, em caso de falta da Comissão Mista do Congresso. Destacando este amplo escopo de atuação institucional, Caldas Furtado (2013, p. 580-583) fala em cerca de nove³⁴ funções dos Tribunais de Contas, a partir do texto constitucional, as seguintes: (i) opinativa; (ii) jurisdicional; (iii) fiscalizadora; (iv) informativa; (v) sancionadora; (vi) corretiva; (vii) de ouvidoria; (viii) consultiva e (ix) normativa ou regulamentar, sendo que concentrar-se-á a atenção, neste trabalho, nas três primeiras.

Deste modo, conhecido, de forma panorâmica, o esboço que a Constituição faz da organização dos Tribunais de Contas, é interessante verifica-los em ação, em alguns de seus processos, tema dos próximos dois subtópicos.

3.3.2 Processos de fiscalização

Os Tribunais de Contas, como visto, têm competência amplíssima para o deslinde de certas questões, dentre as quais se destaca, sem sombra de dúvida, as prestações de contas. Contudo, ao contrário do que pode parecer à primeira vista, por imposição constitucional, os procedimentos destes órgãos não devem se restringir a estes procedimentos, nem somente a uma análise acerca das peças contábeis e orçamentárias da gestão de certo ente público. Neste ponto, ganham destaque os instrumentos de fiscalização.

Em alguma medida, as Cortes de Contas possuem uma atividade preventiva e segundo consta no “Mapa Estratégico do TCU”³⁵, estão entre suas prioridades o combate à corrupção, o desvio e a fraude, com o fim de punir os responsáveis efetiva e tempestivamente, coibindo,

³⁴ Esta é uma tentativa de compilar em categorias as diversas atribuições outorgadas pela Constituição. Lucas Furtado (2013, p. 897-899) fala em seis funções somente: (i) opinativa; (ii) fiscalizadora; (iii) de julgamento de contas; (iv) de registro; (v) sancionadora; e (vi) corretiva.

³⁵ V. Ana Maria Botelho (2013, p. 148).

assim a ocorrência de novas fraudes e desvios. Deste modo, as funções repressiva e preventiva combinam-se, na medida em que os Tribunais de Contas buscam detectar e estancar as irregularidades na gestão da coisa pública - circunstância em que se tornam imprescindíveis os procedimentos de fiscalização.

Dentre eles, Lucas Furtado (2013, p. 916-922) destaca alguns que são utilizados pelo TCU e que optamos por agrupar da seguinte forma: (i) auditorias e inspeções; (ii) denúncias e representações; (iii) levantamentos, acompanhamentos e monitoramentos.

As auditorias³⁶, previstas no art. 239 do Regimento do TCU, podem ser lidas sob um sentido amplo (e neste caso se refeririam a instrução de qualquer processo no TCU) ou num sentido estrito, como “o mais completo instrumento de fiscalização do Tribunal, em que se buscam as causas da ilegalidade ou da deficiência de desempenho e são apontadas as possíveis soluções para a correção dos problemas identificados” (FURTADO, 2013, p. 917). Assim, elas, sempre provocadas pelo TCU ou pelo Congresso, podem ser auditorias de conformidade (em que se verifica a adequação dos atos administrativos diante do ordenamento jurídico) ou operacionais (em que se verificam a efetividade ou a eficácia de programas e ações governamentais). De outro lado, as inspeções, previstas no art. 240 são meios de instrução utilizados pelo TCU, com o fim de suprir omissões, esclarecer dúvidas ou apurar denúncias.

De que maneira haveria utilidade das auditorias para a fiscalização de atos de corrupção e/ou improbidade? Parece claro haver a necessidade de que estas situem-se além da mera verificação documental, que guarda importância, mas não é suficiente.

Neste sentido, o grande desafio dos Tribunais de Contas é avançar para além das “auditorias de conformidade”, em que há a desqualificação do ato por considerações a respeito de sua correspondência e legitimidade/legalidade diante do ordenamento, para que se verifique efetivamente, por meio de corpos técnicos especializados (e neste sentido, hão de participar economistas, contadores, arquitetos, engenheiros), com o intuito de detectar situações de fato (p.ex.: se uma obra está sendo efetivamente executada ou não) e ainda acompanhar detidamente ações e programas de governo.

Com este intuito, o TCU demonstrou grandes avanços nas últimas décadas, de como

³⁶ O sentido mais amplo do termo abrangeria as duas espécies, cf. Ana Maria Botelho (2013, p. 145), ao citar a definição da International Organization of Supreme Audit Institutions (INTOSAI): “A auditoria é o exame das operações, atividades e sistemas de determinada entidade com vistas a verificar se estes são executados ou funcionam em conformidade a determinados objetivos, orçamentos, regras e normas”.

traz exemplos Zymler (2013, p. 199-203), dentre os quais se pode mencionar as auditorias realizadas em agências reguladoras (Aneel, Anatel e ANP), no início da década passada. Estes procedimentos inicialmente tiveram o fim de “conhecer a organização e a forma de atuação de cada uma das agências reguladoras” e, posteriormente, enfocando o desempenho das atividades de fiscalização dos órgãos sobre os concessionários. Nestes casos, o TCU agiu de vigilante do vigilante, com o fim de incrementar a prestação de serviços públicos prestados por terceiros – uma atividade que certamente não é a primeira que se vem à mente quando se pensa numa “Corte de Contas”.

As auditorias e inspeções também são úteis na detecção de sobrepreços (estes não necessariamente indicam corrupção, mas podem indicar má gestão e atos de improbidade), além de verificar o cumprimento de contratos, execução de obras, entre outros. Um exemplo é trazido por Ana Maria Botelho (2010, p. 149), quando informa que, a partir da Lei de Diretrizes Orçamentárias de 1997 “[...] vem sendo determinado ao TCU que realize fiscalizações nas principais obras contempladas no Orçamento Geral da União”. Segundo Botelho (2010, p. 149-153) estas ações tiveram por consequência a eliminação de sobrepreço constante nos orçamentos de diversas obras (BOTELHO, 2010, p. 149-153).

Uma outra figura de fiscalização é a da denúncia. O art. 53 da Lei Orgânica do TCU (Lei nº 8443/92), concretizando o comando constitucional já mencionado do art. 74, §2º, dá vazão a que qualquer cidadão acesse o Tribunal de Contas, apresentando denúncia que deve ser processada no âmbito da Corte, e só depois publicizada. O STF, no julgamento do MS nº 24405-DF (Rel. Min. Carlos Velloso), entendeu que a manutenção do sigilo em relação ao autor da denúncia era incompatível³⁷, após a devida tramitação na Corte.

Note-se que o processo guarda um caráter inicialmente interno, por expressa previsão do art. 75 da LOTCU e somente após a apuração (como num inquérito), é que é aberto ao público seu conteúdo. De toda forma, o TCU criou uma ouvidoria, evitando que esta compreensão da Suprema Corte quanto à vedação ao anonimato prejudique seu trabalho investigatório.

Esta modalidade de provocação é útil, na medida em que pode trazer informações que a fiscalização ordinária do TCU não alcança. Um modo típico de desbaratar os chamados

³⁷ A decisão é criticada por Lucas Furtado (2013, p. 919), pois entende que a publicidade vincula a Administração, não quem a provoca. Além disso, entende que o bem jurídico da preservação da coisa pública mereceria melhor tutela nessa decisão. Uma outra decisão mais próxima a este sentido é a do MS nº 24369-DF, relatado pelo Min. Celso de Mello

“esquemas de corrupção” são as informações internas, vindas de pessoas que ou participavam do conluio delitivo ou dele tinham conhecimento, por guardarem proximidade nas relações (um funcionário público ou um empregado de pessoas jurídicas ou físicas envolvidas nas manobras ilícitas).

As representações nada mais são do que as denúncias feitas por autoridades previstas no Regimento Interno do TCU (Ministério Público, órgãos de controle interno, parlamentares, juízes, servidores públicos e outros). Existe uma previsão de representação também na Lei de Licitações, no art. 113, §1º, voltada a apontar irregularidades em licitações e contratos públicos.

Por fim, o levantamento é um meio de identificação da estrutura e dos bens do órgão fiscalizado, o acompanhamento é um exame ou avaliação contínua de certos setores da Administração, enquanto o monitoramento verifica o cumprimento das deliberações do próprio TCU. Estas três figuras estão previstas nos arts. 238 a 241 do Regimento Interno do TCU e podem ser identificadas como preparatórias a uma fiscalização mais precisa. Na verdade, a própria complexidade da Administração Pública (inclusive com as pessoas jurídicas privadas que desempenham papéis públicos) impele às Cortes de Contas para que se inteirem de como funciona a organização da máquina, passo essencial para que se percebe a ocorrência ou não de desvios.

Acerca do caminho processual no TCU, ele encontra-se demarcado entre os artigos 144 e 187 do seu Regimento Interno: ali há a caracterização de partes, terceiros interessados, o modo como são distribuídos os processos, a produção de provas, apresentação de defesa, manifestação do Ministério Público de Contas e a decisão, além de uma série de dispositivos que normatizam a nulidade, o arquivamento, notificação, prazos, dentre outras minúcias processuais.

Os instrumentos e meios utilizados pelos Tribunais de Contas no Brasil variam muito, embora todos tomem o TCU como referência. No caso do TCM/BA, a Lei Orgânica é genérica a respeito da fiscalização exercida pelo Tribunal, prevendo somente a figura da Denúncia, nos arts. 80 a 87 do respectivo diploma. A diferença desta para a prevista no Tribunal da União é a vedação ao anonimato do art. 82, parágrafo único. Contudo, há previsão em Resolução (nos arts. 22 e 23 da Resolução nº 1225/06) de uma figura diferente, o “Termo de Ocorrência”, que é uma espécie de denúncia feita pela área técnica do Tribunal, especialmente aqueles lotados nas Inspetorias Regionais, que acompanham com maior proximidade as gestões municipais.

Além disso, no TCM baiano, com base no art. 91, VII, da Constituição Estadual e no art. 1º, VII, da Lei Orgânica, que dá competência à Corte para “realizar inspeções e auditorias

de natureza contábil, orçamentária, operacional e patrimonial, inclusive quando requeridas pelo Poder Legislativo Municipal e por iniciativa da comissão técnica ou de inquérito”, existem procedimentos com este intuito. Assim, tomadas em sentido amplo, como se refere Lucas Furtado (2013, p. 916), ora as auditorias são realizadas em processos de contas, denúncias ou em termos de ocorrência, ora são realizados em autos apartados, com o intuito de verificar alguma situação, obra ou ato administrativo, com um regramento pela Resolução nº 1259/07. Neste ponto, a despeito de haver previsão regimental no intuito de disseminar as auditorias, com as mais diversas finalidades, em um planejamento anual prévio, ainda parecem carecer de maturidade os procedimentos na Corte de Contas local, na medida em que a falta de uma periodicidade na atividade resulta por não criar um histórico de procedimentos e, pode-se dizer, uma cultura de constante fiscalização, para além da auditoria de conformidade. Visto os processos de fiscalização, passamos à verificar como funcionam os processos que carregam nome similar aos das instituições: os de contas.

3.3.3 Processos de contas

De qualquer maneira, pode-se dizer que a atuação por excelência dos Tribunais de Contas ocorre nas prestações de contas, especialmente na modalidade anual. Além desta, existe ainda a chamada “Tomada de Contas Especial”, realizada para responsabilizar quem tenha cometido danos ao Erário. Esta pode ocorrer em caso de ausência de prestação de contas ou na presença de “desfalque ou desvio de dinheiros, bens ou valores públicos” ou mesmo na prática de atos ilegais, ilegítimos e antieconômicos, de que resulte dano à Fazenda. No caso do TCU, a previsão está no art. 8º da Lei Orgânica da entidade (Lei nº 8443/92), na qual se determina que “a autoridade administrativa responsável deve adotar providências neste sentido” e somente em caso de omissão é que o TCU procede em tomar as contas. No caso da Bahia, a Constituição Estadual prevê “Tomada de Contas” (sem o adjetivo “Especial”), de logo, pelos Tribunais de Contas do Estado em caso de “não prestação”. O procedimento da Tomada é delimitado, porém, na Lei Orgânica do Tribunal de Contas dos Municípios, em seus arts. 1º, III e 34 a 38. Contudo, na prática do TCM/BA, é rara a realização de Tomadas de Contas para apuração de danos ao Erário ou de atos ilegítimos, ilegais ou antieconômicos. Estes costumam ser apurados nos processos de fiscalização que tramitam pela Corte.

Por sua vez, as contas anuais referem-se à execução do orçamento público anual, sendo o dever de prestação das contas do Executivo imposto pelo art. 84, XXIV, da Constituição

Federal, e erigido, no art. 2º, VIII da Constituição da Bahia³⁸, a “princípio fundamental a ser observado pelo Estado”. A prestação de contas é imposta ao administrador, pois o dever é da pessoa física que gere o orçamento e a máquina públicos. No caso das Cortes baianas, há previsão da Constituição (art. 91, II) para que os processos de contas sejam julgados em até 365 (trezentos e sessenta e cinco dias) após o término do exercício, o que significa que as contas deveriam ser julgadas até dezembro do ano seguinte – em geral, o TCM/BA cumpre o prazo para os Municípios que apresentam as contas, embora em alguns casos, a instrução processual demande prazo superior e em outros, no caso de ausência de contas, a Tomada de Contas acaba sendo julgada posteriormente.

Este processo de contas guardaria uma tripla dimensão, segundo Cavalcanti (1999, p. 17-19), sendo a primária e mais importante o “julgamento da gestão do administrador”, a segunda referente à punição do administrador que comete irregularidades e a terceira relacionada à indenização dos danos causados ao erário.

Os métodos utilizados assemelham-se aos da auditoria. Lucas Furtado (2013, p. 902-903) informa acerca da Instrução Normativa nº 47/04, do TCU, que separa os exames das contas a uma análise de legalidade, legitimidade e economicidade dos atos administrativos (exame de conformidade) e um exame da eficácia, eficiência e efetividade da gestão (exame de desempenho). Quanto a esse aspecto, há um desafio razoável para que os Tribunais desempenhem a contento, tendo em vista as amplas competências e áreas que podem ser apreciadas pela Corte. Vem ao encontro deste a opção do TCU pela realização de sorteios e análise por amostragem, tendo em vista inclusive o alcance da sua “jurisdição”. No caso do TCM/BA, a análise de desempenho ainda é mais restrita, ocorrendo, em geral, na medida em que há provocação, seja dos Conselheiros, seja do Ministério Público Especial.

Também no que tange às contas públicas anuais, há uma divisão tênue e ainda não implantada em todas as Cortes de Contas brasileiras³⁹, na qual há uma separação entre *contas de governo* e *contas de gestão*. Esta não é uma classificação que possa ser reputada de científica ou bizantina, guardando consequências jurídicas. Em 1999, o STF, na ADIN nº 849-8/MT (rel. Min. Sepúlveda Pertence), decidiu que haveria clara distinção entre as contas do Chefe do Poder Executivo, que seriam julgadas pelo Poder Legislativo, ao passo que as contas dos demais administradores da coisa pública seriam julgadas pelos próprios Tribunais de Contas. Assim,

³⁹ A despeito da decisão do STF, não há esta distinção de forma tão flagrante nem mesmo na doutrina. Jacoby Fernandes (2012, p. 132) fala em “contas gerais”, a serem julgadas pelo Legislativo. Aos Tribunais caberia tão-somente destacar alguma irregularidade em separado.

assentou o Tribunal Supremo do Brasil:

Tribunal de Contas dos Estados: competência: observância compulsória do modelo federal: inconstitucionalidade de subtração ao Tribunal de Contas da competência do julgamento das contas da Mesa da Assembleia Legislativa - compreendidas na previsão do art. 71, II, da Constituição Federal, para submetê-las ao regime do art. 71, c/c. art. 49, IX, que é exclusivo da prestação de contas do Chefe do Poder Executivo. I. O art. 75, da Constituição Federal, ao incluir as normas federais relativas à "fiscalização" nas que se aplicariam aos Tribunais de Contas dos Estados, entre essas compreendeu as atinentes às competências institucionais do TCU, **nas quais é clara a distinção entre a do art. 71, I - de apreciar e emitir parecer prévio sobre as contas do Chefe do Poder Executivo, a serem julgadas pelo Legislativo - e a do art. 71, II - de julgar as contas dos demais administradores e responsáveis, entre eles, os dos órgãos do Poder Legislativo e do Poder Judiciário.** II. **A diversidade entre as duas competências, além de manifesta, é tradicional, sempre restrita a competência do Poder Legislativo para o julgamento às contas gerais da responsabilidade do Chefe do Poder Executivo, precedidas de parecer prévio do Tribunal de Contas: cuida-se de sistema especial adstrito às contas do Chefe do Governo, que não as presta unicamente como chefe de um dos Poderes, mas como responsável geral pela execução orçamentária** (grifo nosso): tanto assim que a aprovação política das contas presidenciais não libera do julgamento de suas contas específicas os responsáveis diretos pela gestão financeira das inúmeras unidades orçamentárias do próprio Poder Executivo, entregue a decisão definitiva ao Tribunal de Contas (grifo nosso).

Neste sentido, haveria duas espécies de processos de prestações de contas em tramitação nas Cortes, com consequências distintas, inclusive.

De uma mão, Caldas Furtado (2013, p. 625) aduz que as contas de governo indicariam um “meio pelo qual, anualmente, o Presidente da República, os Governadores de Estado e do Distrito Federal e os Prefeitos Municipais expressam os resultados da atuação governamental no exercício financeiro a que se referem”. Assim, o viés a ser verificado seria, sobretudo, político, no sentido de organização de grandes decisões a serem tomadas pelo gestor, do ponto de vista do planejamento, organização e implementação de políticas públicas, como idealizadas nas leis orçamentárias.

Celso A. Bandeira de Mello (2006, p. 898) entende que as “Contas do Presidente⁴⁰” indicam uma análise “meramente dos aspectos formais, s que concernem aos atos ou indevidas omissões próprios e específicos do Chefe do Poder Executivo [...] que lhe sejam direta e pessoalmente imputáveis⁴¹”.

Em sentido próximo, Caldas Furtado (2013, p. 625-631) pensa que, nestas situações, o

⁴⁰ A referência do já clássico professor de Direito Administrativo é ao Chefe do Executivo Federal, mas é válida para o Executivo nos outros níveis da Federação.

⁴¹ O professor da PUC-SP chega a considerar, em nota de rodapé, absurdas as decisões dos Tribunais de Contas que condenam Chefes de Executivo por atos que fujam à sua responsabilidade direta (MELLO, 2006, p. 898-899).

juízo seria “eminente político”, feito pelos representantes do povo, e subsidiado pela análise emitida pelo Tribunal de Contas em Parecer Prévio. O autor entende que o juízo das contas de governo seria um ato composto, resultante da manifestação de dois órgãos.

Sob a ótica de Caldas Furtado (2013, p. 629), “[...] a vontade do Tribunal de Contas, expressa no parecer prévio, é instrumental em relação à da Casa Legislativa, que edita o ato principal. Importa dizer que a existência do ato decisório da Corte de Contas é condição necessária para o juízo feito pelo Legislativo [...]”. Por via de consequência, as contas de um Governador de Estado, p.ex., seriam julgadas pela Assembleia Legislativa, somente após a análise pelo respectivo Tribunal de Contas do Estado, que necessariamente tem de se posicionar sobre o assunto⁴². Por isto, Lucas R. Furtado (2013, p. 902) afirma que este exame de contas “compreende aspectos gerais relacionados à execução dos orçamentos públicos federais, especialmente no que concerne aos aspectos definidos pela Lei de Responsabilidade Fiscal”.

Por outro lado, “as contas de gestão” consolidariam os atos diretos de administração de recursos públicos, destacando-se a arrecadação de receitas, o ordenamento de despesas, a admissão de pessoa, a realização de licitações, dentre outras questões mais específicas da gestão pública. Caldas Furtado (2013, p. 633) diferencia as duas, visto que “na apreciação das contas de governo, o Tribunal de Contas analisará os macroefeitos da gestão pública”, enquanto nas contas de gestão, a Corte examina “cada ato administrativo que compõe a gestão contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial do ente público”. Voltando ao exemplo do Governo Estadual, seria necessária a separação das contas da Administração, conforme o órgão e o gestor que as encampe: o Tribunal de Contas julgaria, assim, as contas de gestão de cada um dos Secretários Municipais, de responsáveis por Fundos Estaduais, etc. Para Lucas Furtado (2013, p. 902), é a situação em que se analisam a aplicação dos recursos orçamentários e extraorçamentários.

A questão ganha contornos ainda mais ariscos, na medida em que se considera o papel dos Prefeitos Municipais, quando estes atuam no controle pleno da máquina pública, i.e., como ordenadores de despesas. Neste caso, não caberia falar em distinção, pois a direção dos atos administrativos, em última razão, é atribuível ao gestor, que efetivamente foi o responsável, ao homologar uma licitação ou assinar uma ordem de compra ou recibo.

Caldas Furtado (2013, p. 636) vislumbra como razoável a possibilidade de que o

juízo tenha seu regime jurídico determinado pela natureza dos atos em exame: se atos políticos, de planejamento e concretização das metas antecipadas nas leis orçamentárias, a competência seria da Casa Legislativa; se administrativos, de gestão pública, o juízo seria da lavra da Corte de Contas, independentemente do cargo ocupado pelo gestor. A quem chame, então, este juízo de “técnico”, porque exarado por uma Corte Especializada. Desta forma, alguns Prefeitos poderiam submeter-se a duplo juízo de suas contas: pela Câmara Municipal e pelo Tribunal de Contas. Com a mesma posição, Juliana S. Rodrigues e Juliana V. de Alcântara (2013, p. 61), quando sustentam que

[...] o constituinte originário, ao redigir o inciso II do art. 71 da Carta Maior, não especificou que tipo de administrador terá as suas contas julgadas pelo Tribunal de Contas, ou seja, não excluiu o Chefe do Poder Executivo da possibilidade de enquadramento nesse inciso.

Um dado normativo acresce ainda mais complexidade às contas do Chefe do Executivo Municipal, como rememora Wilson Alves de Souza (2011, p. 208). O professor da UFBA sustenta que há pleno juízo do Tribunal em relação às contas apresentadas pelo Prefeito Municipal, pois há fixação de quórum qualificado para desconstitui-lo. A referência é ao art. 31, § 2º, da Constituição Federal: “O parecer prévio, emitido pelo órgão competente sobre as contas que o Prefeito deve anualmente prestar, só deixará de prevalecer por decisão de dois terços dos membros da Câmara Municipal”. Desta maneira, não haveria mero parecer opinativo em relação às contas destes gestores.

Percebe-se, então, que o Tribunal de Contas poderia atuar como órgão julgador ou consultivo, na análise das contas dos gestores públicos. Vilmar A. Teixeira (2006, p. 340) relaciona, então, os processos de prestação de contas ao alcance das situações em que se apresenta a corrupção:

Quando identifica e pune práticas irregulares, o TCU tem a oportunidade de não apenas interromper desvios e desperdícios, dissuadindo novas condutas da espécie, mas também de orientar os responsáveis quanto a procedimentos capazes de evitar a ação de corruptos e corruptores, contribuindo para o aperfeiçoamento da gestão pública.

Não é por outro motivo que são os processos de prestação de contas essenciais ao deslinde de questões tormentosas para a Administração, no campo do desvio de recursos públicos, de forma repressiva e preventiva.

Entretanto, é imprescindível questionar: até que ponto este juízo implica atuação jurisdicional das Cortes de Contas? O vocábulo utilizado pelo Constituinte guarda alguma

nuance? Seria possível falar em dupla jurisdição (judicial e administrativa) no Direito brasileiro? E em que medida o Judiciário atuaria ao lado ou em contraposição a estes órgãos, podendo interferir no deslinde das contas?

Já faz certo tempo que as Teorias do Estado e do Processo consolidaram noções rigorosas acerca do que constituiria a jurisdição, ainda que haja atualizações ocasionais, dada a evolução das “observações de primeira e segunda ordem⁴³” realizadas no Direito como um todo. Contudo, assim como alguns caracteres gerais da definição já se estabeleceram, também houve permanência de polêmicas e dificuldades para classificar certos atos e procedimentos.

A jurisdição é vista como uma característica inerente à soberania estatal, i.e., uma forma de resolver conflitos intersubjetivos, impondo às partes a interpretação e efetivamente o direito aplicável ao caso. Ela existe, de uma certa forma, para que os conflitos internos no Estado não se prolonguem. Dito de outro modo, a jurisdição é a via de expressão do poder do Estado, pois, como Kildare Gonçalves (2011, p. 1118) afirma esta função “é substitutiva da vontade das partes na aplicação do Direito [...] ou seja, a lide será resolvida pelos órgãos judiciários próprios que substituem a vontade privada”.

Curiosamente, há quem identifique a jurisdição com o chamado Poder Judiciário, que, por exercer aquela função precipuamente, com ela se identificaria. Assim, Gilmar Mendes e Paulo Branco (2012, p. 998-999) aduzem que “o Poder Judiciário, ou a Jurisdição, e aquele que de forma mais inequívoca se singulariza com referência aos demais Poderes”, e seguindo as lições de Konrad Hesse, observam que a distinção do Judiciário (i.e., da função jurisdicional) não é a aplicação do Direito, mas “a prolação de decisão autônoma, de forma autorizada e, por isso, vinculante, em casos de direitos contestados ou lesados”.

Contudo, é preciso estar atento para as distinções entre órgão, função e o que normalmente chama-se de Poder de Estado. A rigor, a clássica divisão entre Executivo, Legislativo e Judiciário diz respeito menos a Poderes do que a funções. Explica-se: a Teoria Política do Estado indica que, num regime democrático, o poder estatal provém de somente uma única fonte, sendo esta soberania devotada a todos os integrantes de uma comunidade. Consequentemente, não haveria de se falar em “poderes”, mas tão-somente num único Poder⁴⁴

⁴³ Ressalte-se neste ponto que estamos nos referindo tanto à prática jurídica, quanto ao conhecimento que compõe a doutrina. Sobre este, o próprio Luhmann alternou na percepção de qual a posição ocupada pela doutrina, se pertencente ao sistema social científico ou jurídico, tendo chegado à conclusão de que se trata de uma operação interna do próprio sistema jurídico. V. Luhmann (2005, p) e Gonçalves e Villas Bôas Filho (2013, p.)

⁴⁴ É possível questionar tal afirmação como idealista, na medida em que há uma efetiva divisão no exercício do Poder Estatal, o que não significa necessariamente a divisão do Estado. A rigor, pode-se falar em uma divisão de

do Estado. A divisão diria respeito às funções executiva (administrativa), legislativa e judiciária.

Isto não esgota o tema, porquanto os chamados Poderes de Estado são concretizados em órgãos. Estes órgãos são nomeados a partir de suas funções principais, mas isto não significa que não exerçam outras funções. Assim, é possível que, em algum grau, o Judiciário administre e legisle, que o Legislativo julgue e administre e que mesmo o Executivo, de modo mais ou menos limitado, legisle e julgue⁴⁵. De forma mais clara e sucinta, Nisto, diz o professor Wilson Alves de Souza (2011, p. 184):

Em verdade, a doutrina da separação de poderes ou divisão de funções não pode ser vista como divisão do poder, porquanto o poder do Estado é uno e indivisível, poder esse que numa sociedade democrática pertence ao próprio povo. O que existe é uma divisão de funções, que são entregues a órgãos diferenciados com autonomia e independência no exercício de suas atribuições [...].

E assim, destaque-se aqui a noção de jurisdição. Nela, avulta a importância da substituição das partes pela vontade estatal na composição do conflito. Aliás, precisamente é este o enfoque dado por Fredie Didier Jr. (2011, p. 89), quando enuncia que aquela “é a função atribuída a terceiro imparcial (a) de realizar o Direito de modo imperativo (b) e criativo (c), reconhecendo/efetivando/protégendo situações jurídicas (d) concretamente deduzidas (e), em decisão insuscetível de controle externo (f) e com aptidão para tornar-se indiscutível (g).

O professor baiano ressalta a imperatividade da decisão judicial, mas não só, pois acresce ao conceito contribuições da hermenêutica jurídica e do próprio avanço do direito positivo, que já não reconhece ao papel jurisdicional a mera “aplicação da vontade da lei”, como outrora se defendia. E, assim, um questionamento levanta-se acerca do papel dos Tribunais de Contas: a atividade ali exercida guarda caráter jurisdicional?

A pergunta é muito ampla, e certamente verifica-se dentre as competências das Cortes, atividades que intuitivamente afastam-se da definição de jurisdição. É o caso de auditorias ou da função claramente consultiva que o Tribunal exerce, ao prestar informações solicitadas pelo Congresso Nacional, por qualquer de suas Casas, ou por qualquer das respectivas Comissões, sobre a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial (art. 71, IV e

exercício do Poder, no campo horizontal (quanto a funções precípua que são destinadas a cada órgão estatal), e horizontal (divisão em pessoas jurídicas de direito público interno, Municípios, Estados, Distrito Federal e União, no caso do Brasil).

⁴⁵ A capacidade de o Executivo exercer a função jurisdicional é discutida, na medida em que a “coisa julgada administrativa” é sempre limitada à análise do Judiciário.

VII, da Constituição Federal)⁴⁶.

Isto, porém, não chega ao ponto principal, porque qualquer análise que envolva os Tribunais de Contas detecta haver uma espécie peculiar de processos que faz parte de sua atividade precípua: as prestações de contas. A rigor, o Ministro do TCU, Benjamin Zymmler (2013, p. 246), sustenta que, no TCU,

[...] os diversos procedimentos adotados internamente objetivam, principalmente, subsidiar o julgamento das contas dos gestores públicos, que, a cada exercício financeiro, devem remeter à Corte de Contas as peças necessárias à formação de um juízo sobre a regularidade de sua gestão.

Estas circunstâncias confirmariam o caráter principal das prestações de contas anuais que, conforme se viu, podem ser estremadas em dois tipos: um, de caráter mais geral e político, são as dos Chefes de Executivo, ao passo que o outro, envolve a administração de “dinheiros, bens e valores” públicos, podem ser prestadas por qualquer pessoa⁴⁷, física ou jurídica, que lance mão de recursos públicos. Em relação ao primeiro caso, é bastante majoritária a negativa do papel jurisdicional às Cortes de Contas. Não é algo unânime, e a polêmica persiste na situação em que o texto expresso do art. 71, II, da Constituição Federal prevê que há “julgamento” de contas por estas Cortes especializadas.

Odete Medauar (2014, p. 145 e 152-155) sustenta que não há função jurisdicional em nenhuma das situações, embora as diferencie, pois no primeiro caso, o Parecer Prévio do Tribunal de Contas guardaria caráter opinativo (ainda que etapa necessária, por exigência jurídica), com o fim de influenciar a decisão do Legislativo, ao passo que no segundo, o Tribunal efetivamente decidiria. A despeito de negar a integração dos Tribunais de Contas ao Legislativo, reconhecendo seu caráter autônomo⁴⁸, a professora da USP nega o caráter de jurisdição às suas decisões, diante do art. 5º, XXXV, pela não exclusão de que o Judiciário aprecie qualquer lesão de direito. Por qualquer lesão, a leitura deveria incluir também aquelas perpetradas pelos Tribunais de Contas - que não encerrariam as questões. Deste modo, faltariam os requisitos “f” (insubmissão a controle externo) e “g” (aptidão de que a decisão se torne

⁴⁶ Do mesmo modo, Jacoby Fernandes (2012, p. 218): “Nem todas as funções que os Tribunais de Contas exercem podem ser classificadas como de jurisdição. Sem dúvidas, têm também função técnica de assessoramento, de mera fiscalização, de registro.

⁴⁷ Destaque-se a redação do par. Único do art. 70, dada pela EC nº 19/98: Parágrafo único. Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assumira obrigações de natureza pecuniária. Com base nisto, os Administradores municipais, incluindo Prefeitos e Governadores, submetem prestações de contas ao TCU.

⁴⁸ A autora nega, porém, que se trate de um “quarto” ou outro Poder. V. MEDAUAR, 2014, p. 154.

indiscutível) do conceito de jurisdição do prof. Fredie Didier Jr.

Em sentido similar, José Afonso da Silva (2011, p. 554 e 752-753), quando entende que a já mencionada garantia fundamental da inafastabilidade do Judiciário torna-a prerrogativa do Poder Judiciário, e deixa expressa a sua contrariedade em relação ao papel dos Tribunais de Contas:

O controle externo é, pois, função do Poder Legislativo [...] com o auxílio dos respectivos Tribunais de Contas. [...] um controle de natureza política, no Brasil, mas sujeito à prévia apreciação técnico-administrativa do Tribunal de Contas competente, que, assim, se apresenta como órgão técnico, e suas decisões são administrativas, não jurisdicionais⁴⁹ [...]"

José dos Santos Carvalho Filho (2012, p. 995) também nega o caráter jurisdicional e faz a exegese de que o termo do constituinte “julgar” significa tão-somente “apreciar, examinar”. Assim, suas decisões seriam examináveis na plenitude pelo Judiciário e restaria-lhes ausente o caráter de “definitividade” inerente à jurisdição.

O professor Fredie Didier Jr. (2011, p. 101) classifica a atividade dos julgamentos de contas como “equivalente jurisdicional”, i.e., uma forma de solução de conflitos não-jurisdicional, servindo à tutela de direitos. O professor é expresso, ao enunciar que

[...] não exerce função jurisdicional pelo Tribunal de Contas, quando, por exemplo, julga as contas prestadas pelos agentes públicos (art. 71, II, CF/88). Sua atividade é eminentemente administrativa e, sobretudo, fiscalizatória. [...]. Na verdade, exercerá ele [TCU] as suas funções administrativas em todo território nacional. Justamente por isso, as decisões dos Tribunais de Contas podem ser revistas pelo Poder Judiciário.

Há quem busque se afastar de posições extremas. O Ministro Zymmler (2013, p. 248), e.g., sustenta que, em geral, o processo de contas não tem caráter contencioso, tendo por finalidade principal a promulgação do acórdão comprovando a regular aplicação de dinheiro público. Isto só seria transmutado, quando há questionamento da regularidade, oportunidade em que se estabelece processo de natureza contenciosa, informado pelo contraditório e pela ampla defesa. Mas não se teria aí um caso de jurisdição. A despeito do termo usado pelo constituinte, Zymmler defende haver um processo administrativo, no “escopo” da moderna “processualidade administrativa”, em que é possível fazer não apenas o controle formal de atos, mas também o juízo de mérito sobre os atos de quem administre os recursos públicos.

Entrementes, há posições em sentido diverso, reconhecendo a função jurisdicional às

⁴⁹ O constitucionalista prossegue, afirmando que a expressão “julgar as contas” não implica função jurisdicional, nem mesmo para o Legislativo, a partir do art. 49, IX, da CF.

Cortes de Contas. É o caso de Evandro Guerra e Denise M. de Paula (2012, p. 81-94), para quem, no caso do art. 71, II, as Cortes efetivamente decidem por imposição do texto constitucional. Ao argumento da inafastabilidade da apreciação de lesão pelo Judiciário, os autores entendem, seguindo Seabra Fagundes, que a Constituição dirige tal comando a todos os órgãos que não ela própria, que teria afastado o Judiciário da apreciação de mérito no julgamento de crimes de responsabilidade pelo Senado Federal (art. 52, I e II) e no julgamento de contas (art. 71, II). Esta construção do constituinte seria fundamentada na especialização técnica da Corte de Contas, sendo esta a razão de sua definitividade. Do contrário, haveria um formalismo desnecessário na própria existência do Tribunal de Contas. Guerra e Paula (2012, p. 92) questionam e arrematam de modo preciso:

[...] não haveria sentido a criação e institucionalização de um órgão e envergadura constitucional [...] se de toda sua pujança decorressem apenas decisões débeis, de fragilidade tal que qualquer juiz pudesse desconstituí-la, revendo o entendimento especializado do Tribunal de Contas [...]. Para que o constituinte asseguraria independência funcional, inamovibilidade, vitaliciedade, irredutibilidade de subsídio, que compõem na verdade a independência funcional dos conselheiros e dos ministros dos Tribunais de Contas, se eles não tivessem a atribuição de julgar? Essa característica de conferir independência ao julgador é, pois, uma garantia à própria sociedade.

Conquanto delimite diferenças e conceda haver distinções quanto à natureza dos órgãos decisórios, Jacoby Fernandes (2012, p. 194) vê como insustentável a negativa do caráter definitivo às manifestações finais das Cortes especializadas, em sede de prestações de contas.

O autor entende que há certo desconhecimento do funcionamento dos Tribunais de Contas, ao modo de tramitação e à existência da ampla defesa nas prestações de contas, nas decisões que negam existir ali jurisdição. Não é à toa, argumenta Jacoby Fernandes, que o próprio constituinte conferiu título executivo às decisões que imputam débito ou multa (art. 71, §3º), reconhecendo uma distinção de natureza entre atos de lavra do próprio Tribunal de Contas. Ademais, argumenta, “permitir uma ampla revisibilidade pelo Poder Judiciário, no mínimo, concederia, em termos lógicos, um espaço tão intenso ao controle judicial que inviabilizaria a própria ação administrativa” (FERNANDES, 2012, p. 193).

Vale mencionar também o entendimento de Athos Gusmão Carneiro (2012, p. 42), que trata o deslinde de processos de contas pelo Tribunal de Contas como uma espécie de “jurisdição anômala”, destoando das funções corriqueiras daquele órgão:

[...] as atribuições do Tribunal de Contas são de natureza administrativa. Entretanto, quando julga as contas dos administradores e demais responsáveis por bens e valores públicos, tal julgamento impõe-se ao Poder Judiciário, no que concerne ao aspecto

contábil, sobre a regularidade da própria conta [...]

Não é somente na doutrina em que se discute a matéria. Há decisões do STF, em que há, senão um reconhecimento expresso, uma sugestão de que a definitividade caracteriza as decisões em processos de prestação de contas. Um exemplo foi o acórdão do MS nº 23550/DF, do qual abaixo se grifa um trecho da Ementa:

I. Tribunal de Contas: competência: contratos administrativos (CF, art. 71, IX e §§ 1º e 2º). O Tribunal de Contas da União - embora não tenha poder para anular ou sustar contratos administrativos - tem competência, conforme o art. 71, IX, para determinar à autoridade administrativa que promova a anulação do contrato e, se for o caso, da licitação de que se originou. II. Tribunal de Contas: processo de representação fundado em invalidade de contrato administrativo: incidência das garantias do devido processo legal e do contraditório e ampla defesa, que impõem assegurar aos interessados, a começar do particular contratante, a ciência de sua instauração e as intervenções cabíveis. Decisão pelo TCU de um processo de representação, do que resultou injunção à autarquia para anular licitação e o contrato já celebrado e em começo de execução com a licitante vencedora, sem que a essa sequer se desse ciência de sua instauração: nulidade. Os mais elementares corolários da garantia constitucional do contraditório e da ampla defesa são a ciência dada ao interessado da instauração do processo e a oportunidade de se manifestar e produzir ou requerer a produção de provas; de outro lado, se se impõe a garantia do devido processo legal aos procedimentos administrativos comuns, a fortiori, **é irrecusável que a ela há de submeter-se o desempenho de todas as funções de controle do Tribunal de Contas, de colorido quase - jurisdicional [...]**(grifo nosso).

Wilson Alves de Souza também filia-se à corrente que sustenta a natureza jurisdicional das decisões em prestações de contas no âmbito dos Tribunais de Contas. Na visão do professor baiano, não é relevante que a Constituição nomeie a manifestação final destas Cortes como Parecer ou Parecer Prévio, dada a sua intrínseca natureza decisória. Para ele, trata-se de situação equiparável ao reexame necessário: a decisão do Tribunal de Contas é ineficaz até que a decisão do Legislativo sobrevenha e confirme-a ou infirme-a.

O professor de Direito Processual da UFBA questiona o termo usado pelo ordenamento brasileiro para qualificar as decisões, pois o parecer seria mero ato opinativo, o que não se verifica no caso das Cortes de Contas. Esta tese, ademais, é fortalecida pelo supracitado art. 31, §2º, da Constituição Federal. Não caberia a exigência de quórum qualificado para que um parecer “deixe de prevalecer”, i.e., que para que seja desconstituído. Portanto, de logo, estaria assentada a função jurisdicional das Cortes de Contas.

Isto seria acentuado pelo papel de julgamento que os Tribunais de Contas desempenham em relação às contas das Mesas Diretoras do Legislativo. Como Jacoby Fernandes (2012, p. 133) explana, “as contas, referentes à atividade financeira desse poder, são efetivamente

julgadas pelo Tribunal de Contas”, cf. entendeu o STF na ADIN 849-8/MT⁵⁰. Neste sentido, questiona-se: quando os Tribunais especializados analisam as contas de gestores de recursos públicos, atingem os requisitos do conceito de jurisdição adotado?

A respeito das “contas de governo” do Presidente da República e dos Governadores Estaduais, consoante já avaliamos, parece ser difícil sustentar que há julgamento do Tribunal de Contas, visto que a “desconstituição” que pode ser operada pelo Poder Legislativo é plena e irrestrita, sem qualquer necessidade de quórum qualificado ou argumentação que derrube as razões firmadas na apreciação das contas, por mais técnicas que sejam.

Isto, contudo, não valeria para as contas dos Prefeitos Municipais, visto que a Constituição exige um quórum qualificado para que se “modifique” a decisão da Corte de Contas (a expressão utilizada é “deixe de prevalecer”). Parece que aí assiste toda a razão ao prof. Wilson Alves (2011, 208), pois soa teratológica a desconstituição de opinião técnica por um quórum qualificado. Fosse o órgão julgador exclusivamente o Legislativo Municipal, bastaria a técnica da maioria simples para que se chegasse à decisão. Neste caso, há um julgamento complexo, em que dois órgãos participam, o que, numa analogia feliz do professor baiano, parece com o fenômeno do “reexame necessário” previsto em alguns casos no Direito brasileiro.

E a função jurisdicional dos Tribunais de Contas cristaliza-se quando se verifica as hipóteses concretas do art. 71, II, da Constituição Federal. É entendimento antigo dos Tribunais brasileiros de que este julgamento não pode ser suprido pelo Poder Judiciário, havendo competência exclusiva das Cortes de Contas, cujas decisões só podem ser anuladas por irregularidades formais graves. Há entendimentos neste sentido do STF, sem olvidar o já citado MS nº 23.550-1/DF⁵¹, ocorridos em Constituições anteriores:

AO APURAR A ALCANCE DOS RESPONSÁVEIS PELOS DINHEIROS PÚBLICOS, O TRIBUNAL DE CONTAS PRÁTICA ATO INSUSCEPTÍVEL DE REVISÃO NA VIA JUDICIAL A NÃO SER QUANTO AO SEU ASPECTO FORMAL OU TISNA DE ILEGALIDADE MANIFESTA. MANDADO DE SEGURANÇA NÃO CONHECIDO (MS 7820, Rel. Min Henrique D’Ávila, 24.06.1960)

MANDADO DE SEGURANÇA. LEGITIMIDADE ATIVA DE PESSOA JURÍDICA, MESMO DE DIREITO PÚBLICO, SUPERADA PELA PRAXE POSTERIO, A INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA DE ALGUNS ACORDAOS

⁵⁰ A despeito disto, ainda vigem certos dispositivos inconstitucionais no Brasil. P.ex., o art. 95, §1º, da Constituição do Estado da Bahia: § 1º - O parecer prévio, emitido pelo Tribunal sobre contas apresentadas pelo Prefeito ou pela Mesa da Câmara Municipal, só deixará de prevalecer pelo voto de dois terços dos membros da Casa Legislativa do Município.

⁵¹ Este, sob a égide da CF/88.

(R.F. 140/275, R.T. 295/108, R.D.A. 70/302, 72/273). RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TERCEIRO PREJUDICADO. LITISCONSORCIO NECESSARIO. ADMISSIBILIDADE. RE 12.816 (1946), RE 14.747 (1949), RE 41.754 (1959), AG. 31.737 (1964). TRIBUNAL DE CONTAS. JULGAMENTO DAS CONTAS DE RESPONSÁVEIS POR HAVERES PÚBLICOS. COMPETÊNCIA EXCLUSIVA, SALVO NULIDADE POR IRREGULARIDADE FORMAL GRAVE (MS 6.960, 1959), OU MANIFESTA ILEGALIDADE (MS 7.280, 1960). REFORMA DO JULGADO ANULATÓRIO DE DECISÃO DESSA NATUREZA, EM QUE SE APONTAVAM IRREGULARIDADES VENIAIS. RESSALVA DAS VIAS ORDINÁRIAS. (RESP 55.821/PR. 1ª Turma Rel. Min. Victor Nunes Leal, 18/09/1967)

Assim sendo, corrobora-se a visão de que as decisões no âmbito da prestação de contas têm o condão de produzir coisa julgada material, só se submetendo à revisão em hipóteses restritas- o que, ademais, ocorre com a própria coisa julgada- vide os casos de ação rescisória - e, muito mais, com a coisa julgada do processo penal.

Em relação ao requisito do “controle externo”, os argumentos são similares. Fredie Didier Jr. (2011, p. 104-105) advoga a tese de que arbitragem é um meio não judicial de jurisdição aceito pelo ordenamento jurídico brasileiro. Apesar disso, concede a possibilidade de que haja “controle judicial da sentença arbitral”, em relação à sua validade, como estabelece a própria Lei nº 9307/96. Trata-se de requerer sua “anulação por vícios formais”, o que parece ser caso similaríssimo às prestações de contas de gestão na Administração Pública, que, sustentamos, são efetivamente julgadas pelos Tribunais de Contas. Deste modo, não se falaria em ausência de jurisdição por eventual apreciação formal pelo Judiciário. Ao discorrer sobre o requisito do controle externo, Didier Jr. (2011, p. 97) afirma: “A jurisdição somente é controlada pela própria jurisdição”. Não há o que se discordar disso. Por isto, se afirma aqui: a jurisdição do Tribunal de Contas eventualmente pode ser controlada pela jurisdição do Poder Judiciário, quanto a seus aspectos formais.

Parecem precisas as conclusões de Caldas Furtado (2013, p. 646), quando afirma que

[...] os processos de contas que tramitam nos Tribunais de Contas obedecem aos trâmites e princípios próprios da atividade jurisdicional – tais como o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, com prazos para contestações, recursos, etc. – e são julgados sob critérios objetivos, com aplicação da técnica jurídica, submetendo-se condutas de pessoas à incidência de normas jurídicas, aplicando-se a lei mediante a subsunção de casos concretos aos tipos legais. Tais julgamentos são irretratáveis, definitivos, tanto no âmbito administrativo quanto no judiciário, salvo vício de procedimento ou manifesta ilegalidade, produzindo, portanto, coisa julgada.

Este conceito, ademais, encaixa-se perfeitamente à atuação contemporânea dos Tribunais de Contas. Em estudo que combina teoria social e Direito, Lopes Jr. (2007, p. 88-89) verificou haver uma “tendência jurisdicional na processualística do TCU”, cristalizada pela sua

estrutura funcional e atuação, em que a “atividade judicante vem se tornando a função central”, com características de jurisdição contenciosa, inclusive.

Ora, é neste sentido que não soa adequado resistir em aceitar que os Tribunais de Contas exercem função jurisdicional, quando julgam as prestações de contas e de reconhecer o caráter de um Tribunal quase-jurisdicional nos demais aspectos. Esta orientação, chancelada pelo texto constitucional, não denota uma diminuição de Poderes ao Judiciário, mas sim, o reconhecimento de um órgão especializado destinado a realizar a fiscalização orçamentária e contábil, cujo papel e finalidade gozam de plena efetividade. Perfilhar esta compreensão, na verdade, é engrandecer a jurisdição especializada e a tutela de interesses públicos no controle da Administração.

Cabe ainda a pergunta, porém: a circunstância desta função ser jurisdicional ou administrativa acarretaria uma divisão quanto à sua qualificação, se técnica-jurídica ou “política”? Em que sentido persiste e procede esta divisão? E a efetividade do controle exercido pelas Cortes? O elenco dos problemas dos Tribunais de Contas é assunto do próximo subtópico.

3.3.4 Críticas à estruturação e atuação dos Tribunais de Contas

A atuação dos Tribunais de Contas no Brasil é avaliada de modo ambíguo, em geral. Ao tempo em que se reconhece a utilidade dos serviços de fiscalização e controle, até como via de influência na Administração Pública e de chamar a atenção do público para atos de gestão nas mais diversas esferas do setor, questiona-se o papel até certo ponto “incompleto” das atividades destes Tribunais. Há quem inquiria a respeito da efetividade na implementação das decisões ou mesmo do custo-benefício de arcar máquinas burocráticas utilizadas para fiscalizar a União, 27 unidades federativas e os cerca de 5570 municípios do Brasil.

Uma crítica comum dá-se em relação à concentração das atividades em processos formais de prestação de contas, ao passo que outras medidas como a de fiscalização de obras, editais e contratos ficaria em segundo plano. Em ampla pesquisa sobre o tema, Bruno W. Speck (2000A, p. 212) exhibe como uma controvérsia esta circunstância:

A questão mais radical é se a mesma instituição pode reunir sob o mesmo teto, tarefas tão discrepantes. Até o momento, a organização institucional do primeiro tipo de processo prejudica o segundo tipo. Auditorias operacionais deveriam ser excluídas do procedimento judicial. Como a organização tem impacto sobre o enfoque das auditorias, a organização como espelho da burocracia trará estruturalmente pouco incremento de informação.

A rigor, a própria estrutura dos Tribunais de Contas encontra-se numa espécie de dilema: a primeira faceta do órgão diz respeito à sua atuação como órgão jurisdicional (ou quase-jurisdicional), julgando contas e denúncias, imputando penas (multas) e sanções que podem ter consequências em outras áreas jurídicas (a rejeição de contas, com a decorrente inelegibilidade estabelecida pela Lei Complementar nº 64/90 a partir da LC nº 135/10 ou ainda eventual vedação no repasse de transferências voluntárias ao ente cujo gestor não apresentar Relatórios de Gestão Fiscal, nos termos dos arts. 54, 55, §2º, c/c art. 51, §2º, da LC nº 101/00).

De outro lado, há o papel de fiscal direto de obras, contratos, na concretização de uma segunda via de controle (a primeira seria o interno) da Administração Pública. As auditorias e inspeções como procedimentos especializados entrariam nesta segunda espécie, embora não se possa dizer que estejam completamente afastadas da primeira, só que de uma forma genérica, atreladas ao julgamento e sua instrução, porém.

O problema é verificado e tratado por Speck (2012B, p. 463-464), da seguinte forma:

[...] em poucos TCs essa política se baseia na identificação sistemática dos riscos de corrupção. Normalmente, os TCs seguem uma pesada rotina de revisão de contas anuais de milhares de gestores de recursos públicos, complementados pela investigação de denúncias ou escândalos veiculados pela mídia.

Aliás, esta não é uma questão nova. Há cerca de doze anos, Carlos Alexandre Amorim Rocha (2002, p. 24) elaborou parecer legislativo, no qual afirmava:

Em decorrência da sua repercussão entre os principais clientes do TCU (i.e., o Congresso Nacional e a sociedade civil), as auditorias e inspeções são consideradas as atividades que têm proporcionado os melhores resultados e a melhor publicidade para o controle externo. Essas ações, no entanto, absorvem um percentual reduzido da força de trabalho da corte de contas da União. Os planos semestrais de auditoria de 1997 e 1998, p. ex., previam, respectivamente, que 17% e 5% do tempo de trabalho do corpo técnico seria dedicado às fiscalizações in loco.

Assim, haveria necessidade de se recompor o controle sobre atos de gestão, tendo em vista que o controle de legalidade, extremamente formal, não seria suficiente a que os Tribunais de Contas alcancem seu papel constitucional, de fiscalização ampla da aplicação dos “bens, recursos e dinheiros públicos”. Medidas neste sentido foram implantadas no TCU, mas a implementação nos Estados ainda é mais lenta e insatisfatória. Até mesmo a existência de estudos empíricos em relação à matéria é limitada, o que dificulta a percepção da questão. Falta também um acompanhamento mais detido dos próprios Tribunais em que se avalie as auditorias para além das metas quantitativas (SPECK, 2012B, p. 464-466).

Por outro lado, Speck (2012B, p. 466) verifica ter havido crescimento das ações de bloqueio de recursos orçamentários pelo TCU, a partir de solicitações do Congresso Nacional. Contudo, há de se detectar, isto não acontece em todos os Tribunais, em proporção similar. O TCM/BA não tem um setor para apreciação de cautelares, nem tampouco um setor técnico específico para que cuide da inspeção de obras, o que enseja dificuldades no acompanhamento e na especialização técnica dos responsáveis pela fiscalização.

Contudo, não é unânime o diagnóstico a respeito da necessidade desta atuação por meio de auditorias e inspetorias. Eduardo Monteiro Lopes Jr. (2007, p. 90) pensa que o ideal seria efetivar o papel jurisdicional do TCU (e por tabela, dos demais Tribunais de Contas), de maneira que se interponham como um verdadeiro terceiro imparcial, numa posição “intersticial no embate político por recursos financeiros), ao lado de Executivo e Legislativo. Neste sentido, Lopes Jr. (2007, p. 90) pensa que “a predominância das funções de registro, fiscalização e apresentação de pareceres” prejudica a atividade jurisdicional do TCU por uma lógica “burocrático-fiscalizadora” morosa.

Vilmar Teixeira (2006, p. 342) não vê este impasse como dilema, mas como “uma necessidade de equilíbrio na definição de prioridades” dos órgãos de controle de contas. Assim, sustenta a viabilidade e correção da combinação de ações repressivas e preventivas, de maneira que não se impeça o prolongamento de erros ao longo das estruturas burocráticas, ao passo que se pune os gestores e responsáveis por danos ao Erário.

De qualquer modo, a questão ilustra a imprescindibilidade de decisões institucionais, a respeito do modo de organização e finalidades dos Tribunais de Contas. Naturalmente, a ideia dos órgãos de controle externo, como já dito, é a de evitar perdas do patrimônio público e preservar a probidades nas relações entre a Administração Pública e seus contratados. Ainda parece haver um impasse a respeito de quais são as funções prioritárias da Corte – o que gera problemas no combate à corrupção e tende a ensejar situações de impunidade.

Com referência a este exato aspecto, há um outro problema marcante, com respeito à implementação das decisões e à possibilidade de que seja cumprido efetivamente o que é imposto pelos Tribunais de Contas. Speck (2012B, p. 467) noticia uma baixíssima taxa de êxito na cobrança de multas impostas pelo TCU, por meio da AGU, o que é agravado pelo questionamento judicial a respeito das decisões das Cortes de Contas.

Sobre esta dificuldade, Vilmar Teixeira (2006, p. 341) alerta para as prioridades da AGU, que consistem na representação de interesses da União e as limitações operacionais

decorrentes de representar a pessoa jurídica que integra o maior contingente de processos na Justiça Federal. Neste ponto, a dificuldade residiria na falta de autonomia dos Tribunais, cujos poderes de implementar as decisões teriam de ser repassados a um órgão integrante do Executivo da respectiva pessoa jurídica (União, Estado ou, no caso das capitais do Rio de Janeiro e São Paulo, Município). Este problema não é novo, como lembra Álvaro Guilherme Miranda (2009, p. 98), tendo sido alvo de debates na última Constituinte brasileira, sem, contudo, chegar-se à conclusão pela capacidade postulatória própria para o Tribunal executar as decisões.

A imputação da inelegibilidade, a partir da rejeição das contas, uma das mais rumorosas sanções dos últimos tempos na política brasileira, depende do reconhecimento pela Justiça Eleitoral. Hoje consta no art. 1, I, “g”, da LC nº 64/90, que seriam inelegíveis

[...] os que tiverem suas contas relativas ao exercício de cargos ou funções públicas rejeitadas por irregularidade insanável que configure ato doloso de improbidade administrativa, e por decisão irrecorrível do órgão competente, salvo se esta houver sido suspensa ou anulada pelo Poder Judiciário, para as eleições que se realizarem nos 8 (oito) anos seguintes, contados a partir da data da decisão, aplicando-se o disposto no inciso II do art. 71 da Constituição Federal, a todos os ordenadores de despesa, sem exclusão de mandatários que houverem agido nessa condição;

Da leitura, já se vê que não é qualquer rejeição de contas que dá vazão à inelegibilidade. É preciso que a rejeição tenha sido motivada por ato doloso de improbidade administrativa. Dentre uma série de questionamentos feitos, o TSE entendeu que a qualificação do ato de improbidade não precisa ocorrer na ação própria prevista na Lei nº 8429/92, mas é o próprio órgão eleitoral que verifica se o ato atinge os requisitos da legislação eleitoral. A rejeição de contas pelo Tribunal não ensejaria a inelegibilidade pela Ficha Limpa, salvo no caso dos responsáveis pelas contas de gestão, incluindo os Chefes do Executivo que assim procederem⁵², conquanto ainda haja polêmica a respeito, consoante exposto anteriormente (CALDAS FURTADO, 2013, 637-642; FURTADO, 2013, 912-913).

Por outro lado, outras punições, como a vedação à assunção de cargos em comissão ou funções de confiança ou a declaração de inidoneidade para pessoas jurídicas, que ficam impedidas de contratar com a Administração não dependem de atribuição a nenhum outro poder⁵³, mas não necessariamente ganham efetividade.

⁵² V. item 3.3.3

⁵³ Na Bahia, está na Constituição Estadual, art. 14, §2º, que veda a assunção de cargos em comissão ou função de confiança na Administração para aqueles que tiverem tido suas contas reprovadas pelos Tribunais de Contas. Contudo, seu efeito é discutível, diante da falta de regulamentação em aludida “lei específica”. Segue o trecho do texto constitucional: 2º - Qualquer agente político ou público, cujas contas tenham sido desaprovadas, com

Vilmar Teixeira (2006, p. 340) identifica na amplíssima competência do Tribunal uma das maiores dificuldades para que suas funções sejam desempenhadas a contento. A fiscalização é obstaculizada pelo próprio gigantismo da tarefa. A questão, a nosso ver, tem pertinência, especialmente se contrapõe-se às expectativas direcionadas ao Tribunal: o objetivo é que se previna a prática de irregularidades, por meio de atividades de fiscalização? Ou estaria mais próximo de um Tribunal judicial, cuja função preventiva é apenas indireta, havendo um enfoque maior na composição dos conflitos – no caso dos Tribunais de Contas, os conflitos seriam os desvios e problemas verificados.

O problema da possibilidade de o Judiciário revisar (especialmente o grau em que isto pode ser realizado), já abordado acima, é outra alegação de fragilidade dos Tribunais de Contas. Questiona-se, para o caso dos que defendem a ampla capacidade revisional do Judiciário, afinal, qual a utilidade de uma ampla estrutura, organizada em Tribunais de Contas, quando a maior parte de suas decisões poderia ser modificada, instruída novamente no Judiciário? Isto poria em risco a própria autoridade das decisões. A insegurança a respeito do tema levaria a consequências ainda mais nefastas, dada a incerteza quanto às expectativas e a dificuldade para que as próprias Cortes de Contas estruturassem seus papéis conforme a maior efetividade de sua atuação, conforme expõe Speck (2000A, p. 184).

De outro lado, fala-se em insegurança intrínseca às decisões dos Tribunais de Contas que aprovam ou rejeitam as prestações de contas, pois haveria um déficit na fundamentação, porquanto seriam excessivamente variáveis as causas que levam a um ou outro resultado, sem que haja a correspondente motivação.

Por fim, a mais acirrada crítica que se faz, na opinião pública e na mídia, diz respeito à natureza híbrida dos Tribunais, que se encontrariam na fronteira entre a “técnica” e a “política”. Questiona-se até que ponto se opõe a presença de um corpo técnico especializado de técnicos à nomeação de Ministros e Conselheiros por órgãos políticos⁵⁴.

imputação de responsabilidade financeira, pelos Tribunais de Contas do Estado e dos Municípios, ficará impedido, nos prazos e condições disciplinados em lei específica, de tomar posse em cargo em comissão ou função de confiança da Administração Pública direta e indireta, do Estado e dos Municípios. V. também Art. 60, da Lei Orgânica do TCU: Art. 60. Sem prejuízo das sanções previstas na seção anterior e das penalidades administrativas, aplicáveis pelas autoridades competentes, por irregularidades constatadas pelo Tribunal de Contas da União, sempre que este, por maioria absoluta de seus membros, considerar grave a infração cometida, o responsável ficará inabilitado, por um período que variará de cinco a oito anos, para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança no âmbito da Administração Pública. E ainda, art. 46, LOTCU: Art. 46. Verificada a ocorrência de fraude comprovada à licitação, o Tribunal declarará a inidoneidade do licitante fraudador para participar, por até cinco anos, de licitação na Administração Pública Federal.

⁵⁴ Ceste entendimento, por muitos, v. Pessanha (2009, p. 257).

Maria Diogenilda de Almeida Vilela (2003, p. 4) chancela esta visão de que o órgão de contas seria corte eminentemente “técnica”, e sustenta ser essa uma escolha constitucional, de o definir como “órgão eminentemente técnico posto à disposição do Congresso Nacional, como instrumento capaz de contrabalançar o inegável componente político que caracteriza suas ações”. Haveria daí uma contradição em delegar ao Poder Político o controle, desvirtuando o caráter principal de uma instância de controle externo – que teria, então, sua autonomia limitada.

Por esta razão, as críticas são ainda mais acirradas do que aquelas feitas às indicações das instâncias colegiadas ao Judiciário – e a controvérsia aumenta possivelmente porque, na maior parte dos casos (com a exceção dos Tribunais Eleitorais), a escolha dá-se entre os membros da carreira jurídica (juízes, advogados e membros do Ministério Público).

No caso dos Tribunais de Contas, a escolha é mais ampla, dado que o requisito constitucional apenas diz respeito a “notórios conhecimentos jurídicos, contábeis, econômicos e financeiros ou de administração pública”. Se é verdade que dois dos membros são sempre do corpo técnico (um escolhido entre os auditores e outro entre os representantes do Ministério Público de Contas), todos os demais não necessitam de qualquer vinculação prévia a carreira alguma.

Assim, Bruno Speck (2012B, p. 463) relembra as acusações frequentes de “falta de independência” dos Tribunais de Contas, cujas decisões estariam “politicamente enviesadas” a partir dos responsáveis pela indicação. A própria tradição das Cortes brasileiras, cujas indicações muitas vezes repousam na escolha de representantes do Legislativo ou de pessoas que previamente ocuparam Secretarias ou Ministérios ajudam a aumentar o peso das censuras.

Além disso, fala-se em “clientelismo político”, dado que as estruturas teriam muitos cargos em comissão e salários altos, o que possibilitaria uma negociação com o Legislativo. Há quem, como Ives Gandra Martins com Celso Ribeiro Bastos (1997, p. 126) carregue as tintas na contestação ao modelo, considerando que o TCU apenas servia para “acolitar o Congresso Nacional”, e por esta razão, sugere uma alteração constitucional que insira as Cortes de Contas no Judiciário).

Em valioso estudo sobre a matéria, Speck (2000A, p. 201) destaca que:

Das outras experiências, a atuação como representante no Legislativo é a mais saliente. Em média, mais da metade dos ministros exerceram cargos como representantes do povo antes de serem indicados para a nova função, sendo que essa taxa varia bastante entre as várias épocas. Ela era mais baixa da Revolução de 30 até o golpe militar em 1964, saltando depois para mais de 80%. Quatro entre cinco

ministros tinham, em algum momento, exercido mandatos parlamentares na sua carreira. Após a volta para o governo civil, essa taxa caiu para a metade.

A partir dos dados extraídos na pesquisa, percebe-se uma alta incidência de políticos que se tornaram Ministros, confirmando a premissa em que se baseiam as críticas. Curiosamente, houve um alto índice num regime que eventualmente se trata como mais “técnico”, dado que o regime autoritário não respondia de forma explícita a um Congresso forte ou a conjuntura política dependente de eleições como elemento principal para manutenção de seu poder. A tecnocracia militar alimentava, portanto, de forma ainda mais ampla a distribuição de cargos a políticos – e isto perdurou na democracia, pois, como demonstra Pessanha (2009, p. 254), desde a Constituição de 1988 até 2007, apenas um dos Ministros do TCU indicados pelo Congresso não havia sido Parlamentar em período anterior.

Outras informações interessantes são extraídas da aludida pesquisa: (i) Na Nova República, teria havido queda de ocupantes anteriores de cargos no Executivo e no Judiciário; (ii) a “tendência histórica para a indicação de ministros cada vez mais idosos, que permanecem cada vez menos no cargo, o que resultou numa taxa de renovação cada vez mais acentuada no último século.” (SPECK, 2000A, p. 202). O primeiro dado, especula o autor, tem a ver com a alteração da Constituição de 1988 em relação aos ordenamentos anteriores, pro te deixou à escolha do Legislativo a maior parte dos integrantes dos Tribunais de Contas, quando antes somente o Executivo era responsável.

O outro é de mais difícil investigação. Uma hipótese é de que os Tribunais seriam usados como “aposentadoria de luxo⁵⁵” ou “banco de reserva”, no interstício entre ocupação de atividades políticas. Índícios neste caminho seriam a pequena ligação anterior com área de controle externo e a permanência no cargo em pouco tempo. Isto, contudo, é difícil de comprovação e sujeito a injunções das mais diversas naturezas – e de forma alguma se configuraria como regra (SPECK, 2000A, p. 202-203).

De qualquer forma, a consequência inerente a isto é a alta rotatividade na ocupação dos cargos, dando ensejo a um atrelamento ainda maior entre o Poder Político e os Tribunais, dado que aquele seria rotineiramente acionado para indicar novos ocupantes dos cargos máximos das Cortes.

Com vias de propor uma solução que ao menos aumentasse a transparência no

⁵⁵ Com o intuito de barrar este problema, houve até propostas na Constituinte para que não se permitisse que pessoas “no final das carreiras políticas” fossem indicadas aos Tribunais. Estas foram frustradas, porém.

procedimento prévio de escolha dos Ministros ou Conselheiros, Speck (2013, p. 109) propõe que os Tribunais convidem os pré-candidatos⁵⁶ à indicação pelos Poderes Políticos para que sejam questionados sobre sua experiência prévia com controle externo e para apresentação ao Tribunal, bem como seja realizada uma apresentação pública desses, de maneira a constranger aqueles que possam ser questionados quanto ao não atendimento dos critérios.

De outro lado, o próprio Speck (2012B, p. 463) apresenta as garantias⁵⁷ dos integrantes da cúpula dos órgãos de contas como um contraponto a esse risco de politização. Uma outra forma de tentar imunizar o órgão é a colegialidade das decisões, retirando o poder concentrado dos Ministros ou Conselheiros – algo que é variável de Tribunal a Tribunal, embora já esteja em processo avançado em alguns aspectos (como a instrução processual⁵⁸) no TCU.

Em algum grau, pode-se compreender que talvez estas divergências apresentadas digam menos respeito aos meios utilizados, mas à própria concepção última dos Tribunais de Contas e à definição das categorias a que eles atendam. Além disso, a própria percepção de utilidade (ou não) do papel exercido pela Corte diz respeito ao que se espera dela e em como se encara seus objetivos e o controle das condutas ilícitas. Para isto, propõe-se, no próximo capítulo, uma outra análise dos Tribunais de Contas, a partir dos marcos da Teoria dos Sistemas, com o intuito de tentar compreender melhor o funcionamento destes órgãos.

⁵⁶ No caso da União, a regulação da indicação e escolha de Ministro do TCU é dada pelo Decreto Legislativo nº 06/1994, em que alternadamente as Comissões de Assuntos Econômicos, do Senado e a de Finanças e Tributação, da Câmara, declaram os candidatos a partir de indicações das lideranças da Casa. No Estado da Bahia, o Regimento Interno da Assembleia Legislativa, no art. 224-A, prevê que a indicação poderá se realizada por requerimento de pelo menos 20% dos deputados estaduais, pelo Presidente da Assembleia ou pela Mesa Diretora.

⁵⁷ Álvaro Miranda (2009, p. 98-103) conta que a vitaliciedade quase foi substituída na Constituinte por mandatos de 6 (seis) anos. Entretanto, após grandes debates e o uso de manobras regimentais (acompanhadas de respectivas contestações), acabou sendo mantida a vitaliciedade.

⁵⁸ Em alguns processos, a delegação a setores técnicos já ocorre de plano. Contudo, isto não é comum para todos os casos – e em Tribunais outros, como o TCM, há excessiva concentração nos Relatores e no Presidente (que tem poderes, p.ex., de não admitir denúncias de plano, após oitiva da Assessoria Jurídica, nos termos do art. 4º, §1º da Resolução nº 1225/06).

4 ANÁLISE SISTÊMICA DA CORRUPÇÃO E DOS TRIBUNAIS DE CONTAS

Este capítulo traz em seu bojo a análise da corrupção, do controle jurídico e dos Tribunais de Contas sob a ótica da Teoria dos Sistemas. De início, abordam-se as distinções em como a Teoria dos Sistemas e outras miradas teóricas percebem o fenômeno da corrupção, especialmente em que sentido suas facetas econômicas ou políticas teriam em comum com outras “corrupções”, vistas como menos graves pela sociedade – e quais os motivos por trás disto, segundo Luhmann.

Após, é discutido o alcance da Teoria dos Sistemas em relação a países como o Brasil, de desenvolvimento econômico tardio em relação aos países de economias capitalistas tidas como “centrais” e em que sentido o fenômeno da corrupção sistêmica definiria ou não a própria modernidade nestes países e ainda como outros sistemas sociais influenciariam o próprio Direito. Neste ponto, defrontam-se teses: de um lado, a que considera haver bloqueios que seriam suficientes à não formação do Direito como subsistema autônomo, o que traria problemas à diferenciação funcional – e à própria autopoiese no Brasil – e em outros países “subdesenvolvidos” economicamente; de outro, a que considera o sistema jurídico brasileiro funcionalmente diferenciado, mas com sérios problemas em sua periferia, o que geraria sobrecarga nos Tribunais, com estrutura insuficiente para processar as demandas que lhes são levadas.

Por fim, também sob o olhar sistêmico, enfrentam-se os obstáculos apresentados apontados como presentes nas estruturas e no funcionamento dos Tribunais de Contas, como aqueles se relacionam à posição dos Tribunais nos sistemas jurídico e político, e também avaliam-se quais seriam propostas viáveis a minorar as dificuldades, de maneira que se preserve a autonomia dos sistemas jurídico e político, com códigos, estruturas e funções próprias, um fato determinante da modernidade.

4.1 ABORDAGEM FUNCIONAL-SISTÊMICA DO PROBLEMA DA CORRUPÇÃO

Apesar de divergências metodológicas e terminológicas, que naturalmente têm algumas consequências práticas, a abordagem sistêmica concorda com a visão tradicional acerca de um aspecto fundamental: o Direito pretende-se regulador, e no caso, poder-se-ia falar num “sistema de influência”. Assim, mesmo a Teoria dos Sistemas, que identifica a função jurídica como de “estabilização congruente de expectativas normativas”, reconhece nesta “fome de regulação” a

indelével marca do Direito como um subsistema social que busca indicar, dar direcionamento, tanger, senão condutas, estruturas, conquanto indiretamente, dos próprios subsistemas sociais.

De início, Luhmann (1985, p. 84) define o controle como “o exame crítico dos processos decisórios objetivando uma intervenção transformadora no caso do processo decisório em seu desenrolar, resultado ou consequências não corresponder às considerações do controle”. Ele vê, aliás, na transição de sociedades indiferenciadas para uma sociedade funcionalmente diferenciada uma espécie de passagem de bastão do controle da moral e das relações pessoais para o Direito.

Já não é mais possível que a ameaça a todos os relacionamentos pessoais (imagine-se a realização de uma conduta não esperada numa cidade pequena, em que todos se conhecem) sirva para dissuasão e intervenção na conduta. Não cabendo mais “o controle do respectivo parceiro na interação”, há um processo de institucionalização de papéis especiais de controle, a partir da comunicação, com um papel considerável reservado ao Direito, dada “[...] a necessidade de critérios abstratos, explicitáveis, que permitam ao mesmo tempo esperar-se expectativas e realizar-se controles” (LUHMANN, 1985, p. 86).

A pretensão do Direito é, pois, em um primeiro nível indicar o modo como se devem esperar as condutas praticadas e num segundo nível, comunicar aos outros sistemas sociais como aquelas expectativas devem ser esperadas – sua estrutura é a de um contínuo caminho de repetição dos procedimentos de decisões em todos ou alguns de seus aspectos. O controle jurídico ocorre exatamente desta forma, quando reconstrói os atos a ele submetidos como “processos de decisão”, em que se extraem da decisão controlada os elementos relevantes para a decisão de controle. Esta é, enfim, o meio por excelência do controle jurídico e também é passível de ser controlada, como decisão que é.

Esses dispositivos de controle são possibilitados pelas instâncias de organização, as estruturas do sistema jurídico, hierarquicamente diferenciadas com o intuito de conferir um quadro organizacional às próprias decisões. Isto é uma marca da modernidade, pois antes os Tribunais de segunda instância julgavam, em regra, ações e causas completamente diferentes dos Tribunais inferiores. Hoje, há uma regra (embora não absoluta, claro) da ampla revisão dos julgados, a ponto de haver quem eleve o “duplo grau de jurisdição” a princípio constitucional¹.

¹ Não é o caso de entrar na polêmica típica do Direito Processual. Aqui somente se chama a atenção para a importância que o “duplo grau” ganhou em ordenamentos modernos.

Contudo, o modo como este controle jurídico pode acontecer é bem diverso – e no caso da corrupção, a teoria sistêmica dá uma guinada em relação ao modo como tradicionalmente as teorias sociais e jurídicas vêm compreendendo o tema, já a partir da própria definição.

O primeiro ponto em que a Teoria dos Sistemas isola a questão é no sentido de que a observação jurídica a respeito da corrupção é distinta de observações morais ou políticas. Muito embora seja possível notar o fenômeno sob várias lentes, especialmente nas situações de acoplamento estrutural, há a possibilidade de que seja visto sob outro ângulo – o da observação das observações feitas pelos subsistemas sociais. Enquanto as observações de primeiro grau estão sempre condicionadas ao sistema que as faça, nos termos dos respectivos código, programa e estruturas de condicionamento e reprodução, a observação de segunda ordem (das observações) permite um olhar afastado e dinâmico, que compreende a corrupção sob a ótica da comunicação – e neste sentido, a observação moral é só mais uma, não cabível para carrear respostas em sociedades funcionalmente diferenciadas.

Com uma manifestação deste porte, afasta-se, de toda maneira, qualquer laivo de entendimento da corrupção apenas como uma questão individualizada e correspondente ao campo da moral, tomado por impenetrável, pois determinado em cada indivíduo por suas vivências e condicionantes estruturais.

Num relance sistêmico sobre a corrupção, seria possível vê-la na prática de atos com os quais se sabota a separação dos valores do código de algum sistema, conseqüentemente, confunde-se os meios de comunicação simbolicamente generalizados.

O conceito de bloqueio sistêmico (não à toa também chamado de corrupção) é essencial aqui, pois significa justamente a interferência indevida do ambiente num sistema. Em casos específicos, a interferência do ambiente ocorre por meio de outro subsistema – e há hipóteses em que o código de um parece mesmo bloquear (corromper) o outro, modificando sua estrutura de reprodução e causando prejuízos à autopoiese.

A corrupção significa que, no plano das estruturas de organização, um sistema tem suas operações definidas a partir de um outro código.

Neste sentido, Luhmann (2007, p. 316) traz um exemplo bem conhecido, da política norte-americana, quando expõe que “isto [a sabotagem do código sistêmico] é válido para

quando se quebra a distinção legal/ilegal mediante a corrupção e para os fenômenos correspondentes no campo da política partidária – Watergate²” (tradução nossa).

A grande chave da perspectiva sistêmica, no caso, é tentar ver o assunto para além da dicotomia comportamento conformista/desviante ou do cuidado que se deva ter com os bens públicos. Esta mirada “à distância” é importante para distinguir como a estrutura dos sistemas sociais é condicionada e quais são os limites e possibilidades de sua alteração. Petra Hiller (2010, p. 71) pensa que este ponto de vista “permite-nos descrever as condições constitutivas de tais estruturas formais” e até, de maneira controversa, examinar os casos se e em que o comportamento corrupto³ pode ser bem avaliado.

Para Luhmann, a visão moral do assunto é compreensível, embora insuficiente para a resolução das questões. Ele percebe a moral como um meio que se refere às condições pelas quais os seres humanos apreciam ou menosprezam uns aos outros – e já não vê sentido em falar numa “ética aplicada”, porque é bastante difusa e dependente de circunstâncias concretas, em suma: “a possibilidade de exigir (ou expressar) o apreço ou menosprezo estão disponíveis de maneira altamente difusa” (LUHMANN, 2007, p. 310).

Num mundo policontextual, em que já não há mais um horizonte fixo de sentido, e este, como lembra Zymler (2013, p. 43), é construído seletivamente por todas as formas sociais e psíquicas, a moral já não é mais a representação do que é melhor para toda a sociedade.

A rigor, o aumento de complexidade enseja a variação, que, por sua vez, é possibilitada pela diferenciação funcional, dando origem aos subsistemas que compõem a sociedade moderna, especializados consoante a particular diferença com que contribuem para a sociedade. Não há mais a identificação de uma sociedade com a moral, embora esta exista como reflexo de diversos sistemas de sentido (psíquicos, inclusive) e isto não significa a diminuição de sua importância. Luhmann (2007, p. 315) entende que a moral tornou-se mais instável e não tem como orientar a solução de “conflitos de valores”, que passariam a ser arbitrados no âmbito de outros subsistemas sociais ou pelos sistemas psíquicos, as pessoas concretas.

Ainda que não resolva problemas, a moral guarda uma “função de alarme”, para as situações em que há impasse na resolução de problemas – se ela já não consegue mais induzir

² Em espanhol, por J. Nafarrate: “Esto es válido para cuando se quebranta la distinción legal/ilegal mediante la corrupción y para los fenómenos correspondientes en el campo de la política partidista —Watergate.”

³ Como se verá, por “corrupção” aqui, não se deve ler somente a corrupção econômica. Ainda assim, no âmbito sistêmico, esta afirmação parece ser controversa, tendo em vista os problemas de indiferenciação gerados ou em correlação com os bloqueios sistêmicos.

a um consenso, funciona como uma “denúncia” da situação. Neste ponto, Luhmann (2007, p. 316) expõe:

Cristaliza aí onde se fazem notar problemas urgentes da sociedade e não se vê como os meios de comunicação simbolicamente generalizados e seus respectivos sistemas funcionais possam resolvê-los. Assim parece que a sociedade recruta a comunicação moral para problemas secundários derivados do funcionamento de estruturas e, sobretudo, de sua forma de diferenciação⁴(tradução nossa).

De um lado, é a própria autonomia e a diferenciação dos sistemas funcionais que excluem uma “metaregulação” pelo código da moral. Para Luhmann (2007, p. 826), o curioso é que a própria moral percebe este deslocamento posicional e “remoraliza” esta condição, percebendo as sabotagens nos códigos como um problema moral: seriam os casos de corrupção, seja na Política, no Direito, no Esporte (doping, p.ex.), no Amor (as relações motivadas por dinheiro), etc. Luhmann pensa, assim, que há uma adaptação da moral a esta sociedade plúrima de sentido e ela (moral) põe seu código como uma forma de contextualizar as relações intersistêmicas.

Porém, um problema essencial da visão moral para a solução de problemas, como já exposto, é a sua diversidade. Um ato que é visto como moralmente condenável para alguém pode ser visto como moralmente aceitável para outro. Como R. Simioni e D. Miranda (2005, p. 3) lembram, “[...] na sociedade funcionalmente diferenciada, a percepção da corrupção torna-se problemática na medida em que um mesmo evento social pode ser qualificado ou não de corrupção, conforme o contexto a partir do qual ele é observado”.

Pense-se no controverso caso dos “embargos auriculares”, prática informal que ocorre em Tribunais (não somente nos judiciais) brasileiros (o que, diga-se, não é exclusividade deste país): a hipótese de que algum advogado possa influenciar informalmente um julgador (ou seu assessor), por meio de uma audiência privada, sem a presença da outra parte, pode soar imoral aos olhos de alguém ou perfeitamente compreensível e legítimo aos olhos de outrem. Efetivamente, a mera conversa não indicaria, em si, a existência de violação a uma norma jurídica, embora moralmente seja discutível a questão. Neste caso, uma resolução consistente é inviável de ocorrer pela moral, pois as respostas variarão⁵ de acordo com a postura de quem

⁴ Tradução do texto em espanhol, estabelecido por J. Nafarrate: “Cristaliza ahí donde se hacen notar problemas urgentes de la sociedad y no se ve cómo los medios de comunicación simbólicamente generalizados y sus respectivos sistemas funcionales puedan resolverlos. Tal parece que la sociedad recluta a la comunicación moral para problemas secundarios graves derivados del funcionamiento de sus estructuras y sobre todo de su forma de diferenciación.”

⁵ Há sobre o assunto, p.ex., a disposição contida n “Os Princípios de Conduta Judicial de Bangalore (que foram elaborados pelo Grupo de Integridade Judicial, constituído sob os auspícios das Nações Unidas)”:64. O

comande o procedimento e não é à toa que constava no substitutivo do novo Código de Processo Civil, texto que regulava a matéria⁶. Como o texto foi rejeitado no Senado, a controvérsia permanece.

Este é apenas um exemplo de como a moral tem dificuldades para resolver de forma consistente os problemas, e que cabe aos outros subsistemas realizar este papel. Mas, se a observação moral é insuficiente, como o Direito encara, sistemicamente, a corrupção?

No caso da corrupção, a questão do controle (ou de sua falta, paradoxalmente) faz-se mais do que presente. Em termos jurídicos mais claros, a corrupção é um problema quando se trata de ato ilícito. Na comunicação de primeira ordem, interna, no âmbito do sistema jurídico, o Direito emite sinais negativos em relação a esta conduta, quando as decisões jurídicas (sejam no âmbito legislativo, sejam no âmbito administrativo ou judiciário) comunicam que a conduta é ilícita – aí é o caso de os cidadãos orientarem suas expectativas de que uma conduta é proibida, e portarem-se diante disso.

Se, como vimos, a marca do Direito funcionalmente diferenciado é a positividade⁷, ou seja, é ser tomado como uma rede de operações fáticas de comunicação, a corrupção interessa ao Direito quando enseja a produção de estruturas de comunicação, que ensejem, p.ex., a punição de quem cometeu os atos ilícitos, sejam eles administrativos ou penais. Este é o reducionismo essencial do subsistema jurídico e sua realidade regulativa, num “cálculo programado condicionalmente”, o que é dizer, nos termos expostos por R. Simioni e D. Miranda (2005, p. 4):

Mas mesmo assim, uma decisão jurídica – ao menos na tradição neo-kantiana do direito – parece não conseguir transpassar o simples cálculo comparativo entre o conteúdo normativo (dever ser) do direito, o conteúdo factual da conduta moralmente corrupta de pessoas (ser) e o resultado desse cálculo.

princípio da imparcialidade geralmente proíbe comunicações privadas entre os membros da corte e qualquer das partes, seus representantes legais, testemunhas ou jurados. Se a corte recebe tais comunicações privadas é importante assegurar que a outra parte seja completa e prontamente informada tudo registrado como de costume.” Encontra-se uma tradução comentada do texto para o português no site:

<http://columbo2.cjf.jus.br/portal/publicacao/download.wsp?tmp.arquivo=2002>

⁶ Constava no Art. 190. O juiz e, nos órgãos colegiados, o relator determinará que seja dada publicidade ao comparecimento informal, junto a ele, de qualquer das partes ou de seus representantes judiciais, ordenando o imediato registro nos autos mediante termo, do qual constarão o dia e o horário da ocorrência, e os nomes de todas as pessoas que se fizeram presentes. § 1º O juiz somente poderá tratar de qualquer causa na sede do juízo ou tribunal, salvo nas hipóteses previstas no art. 217. § 2º As disposições deste artigo se aplicam aos casos de comparecimento informal de membro do Ministério Público e de agentes da administração pública. No entanto, no texto consolidado, foi retirada a referência. V. <http://s.conjur.com.br/dl/mudancas-cpc-integral.pdf>

⁷ V. item 2.2 desta dissertação.

Somente deste jeito é que o Direito pode produzir comunicações jurídicas de modo autônomo, filtrando a realidade por meio de seu código, num processo seletivo de informações geradas no próprio sistema jurídico. Ocorre, porém, que um ponto inevitável das esferas funcionalmente diferenciadas é seu fechamento operacional – e somente em alguns casos excepcionais há contato entre um sistema e outro. Como já se falou aqui, numa perspectiva sistêmica, dificilmente pode-se falar no controle exercido pelo Direito como interferência direta nos outros sistemas: efetivamente as estruturas jurídicas não são, por si só, capazes de garantir a concretização do mundo jurídico, de modo que somente há comunicações interpostas numa rede maior de comunicações, que é a sociedade.

Sob a perspectiva luhmanniana, Rafael Simioni e Daniela Miranda (2005, p. 5) chegam a assegurar, que, a despeito de as comunicações jurídicas serem simultâneas a outras decisões dos subsistemas sociais (políticas, econômicas, etc.), esta simultaneidade indica não o controle, mas justamente o seu oposto, pois a noção de controle “[...] pressupõe uma comparação entre o presente e o passado: na simultaneidade, essa comparação se torna impossível”.

Ora, neste sentido, é insuficiente uma observação sobre condutas individuais corruptas e observar a corrupção como um fenômeno comunicativo, pois, afinal, a sociedade é um sistema de comunicação, de forma que a questão da corrupção é aquele anteriormente aludido: um problema de inadequação do código de um sistema (SIMIONI e MIRANDA, 2005, p. 5).

Dado que a Teoria dos Sistemas almeja uma compreensão macroscópica da questão, busca-se uma observação da observação, i.e., uma observação de como os subsistemas funcionam inadequadamente (i.e., em estado de corrupção). No contexto deste estudo, a “punição dos malfeitores” não chega a resolver a questão da corrupção, sendo uma solução que não é exatamente social – pois diz respeito a questões específicas, individualizadas, sem resolver *estruturalmente* o problema. Que fique claro: de uma perspectiva sistêmica, não se propõe exatamente a tomada de soluções, mas a percepção de que soluções são viáveis ou não, quais os respectivos alcances, etc.

Entende-se, claro, não ser desprezível a informação a respeito de quem cometeu um ato reputado ilícito pelo Direito e que, naturalmente, pelos cânones e estruturas do sistema jurídico, ele deva ser punido e responsabilizado individualmente. Aliás, no plano das operações jurídicas, a efetividade do Direito traz efeitos gerais positivos, passando a informação de que o comportamento de violação à norma é pouco tolerado.

Contudo, a mera identificação do sujeito responsável, embora imprescindível, diz respeito a uma situação específica. É preciso entender qual é a estrutura que condiciona aquele ato. Para dar uma resposta no âmbito da sociedade, talvez seja o caso de compreender como a comunicação na sociedade é embotada, para que se retirem aqueles obstáculos, permitindo, assim, a diferenciação funcional e a reprodução autônoma de cada sistema.

Neste sentido, compreender o que significa a decisão é essencial, porque boa parte dos sistemas sociais são estruturados a partir de decisões, que reduzem a complexidade e sintetizam uma nova complexidade, sendo acessíveis a todos. As operações estariam ligadas não à ação, mas à comunicação, daí a importância que ganha esta operação comunicativa especial, a decisão.

No âmbito jurídico (mas não somente), a positividade é marcada pela decisão, que nada mais é do que uma seleção, também com o fim de reduzir a complexidade. É inerente a alguns dos subsistemas positivos da modernidade que as operações comunicativas levem a decisões, pois estas são a forma de materialização do processo comunicativo. É o caso do Direito e da Política, e.g., mas também da Economia, pois o agente econômico tem de decidir se vai realizar uma certa transação financeira, como vai pagá-la, etc. O processo de decisão é explicado por Simioni e Miranda (2005, p. 6):

Uma decisão precisa, como condição de sua possibilidade, codificar binariamente um problema na forma de duas alternativas tautológicas (sim/não, isso/aquilo, pagar/não pagar e etc.). Em outras palavras, para que uma decisão seja possível, ela precisa codificar o evento sob o qual ela vai decidir sob apenas duas alternativas (codificação binária) e sequencializar essa codificação em uma estrutura que pode ser denominada procedimento ou programação (por exemplo a legislação, no caso do direito). Para decidir sobre a solução de um problema, a decisão precisa decidir entre várias alternativas para que só fiquem duas auto-excludentes (codificação binária). Só então uma decisão pode decidir sobre essas duas alternativas e a alternativa selecionada fará parte de uma das alternativas em uma outra decisão futura sobre outras alternativas.

São estas decisões que são passíveis de serem corrompidas, quando sofrem interferência de outro código. Desta feita, a situação ganha contornos não somente institucionais, pois além de ocorrer corrupção no Congresso, nas instâncias políticas ou jurídicas formais, poderíamos notá-la em operações de qualquer sistema organizado sob o primado da diferenciação funcional. Caso uma instância que possui a prerrogativa (competência) para produzir a decisão o faça mediante um código diverso, nota-se a corrupção sistêmica. Dito com outras palavras, é no sistema operacional de um sistema funcional que vai ocorrer a corrupção.

Na visão de Petra Hiller (2010, p. 69), a corrupção aparece quando as organizações (que podem ser redes, grupos ou indivíduos), direcionadas em certos contextos funcionais, falham em preservar a lógica funcional apropriada em suas decisões.

Ora, se é a distinção do código que confere o fechamento operacional do sistema, sua corrupção significa que haverá um problema nas operações que reproduzem suas estruturas. É verdade, porém, que isto não significa que as operações produzidas são de outra natureza e a dificuldade aqui é: há um defeito nas operações, mas sem conversão da natureza do sistema, que atua de modo indiferenciado, sem constância, coerência ou consistência. Em exemplos: a decisão de um julgador que o faça por razões de conveniência política ou moral/pessoal (as contas do gestor devem ser reprovadas ou aprovadas porque ele pertence a um partido X ou Y ou porque ele é amigo/inimigo) não é uma decisão do sistema político. Ela, na verdade, funciona como uma decisão corrompida, pois seu código é político, mas houve sua entronização no campo jurídico.

Simioni e Miranda (2005, p. 7) logo entendem que a corrupção não nega a existência de diferenciação funcional, ao contrário até a pressupõe, na medida em que ocorrem nos “sistemas de organização formal”, estruturas de produção de decisões dos sistemas diferenciados. Há, portanto, uma perspectiva paradoxal em relação à corrupção. De um lado, ela é tomada como algo de caráter pré-moderno, o uso de redes de relações e patronagem em estruturas diferenciadas funcionalmente. De outro, para que exista a corrupção como obstáculo, só faz sentido que já exista a diferenciação funcional. Só pode ocorrer corrupção se há códigos diferenciados para cada sistema com sua função específica – e a corrupção ocorre neste âmbito da reprodução dos códigos, que é o das decisões, ocorre nos sistemas de organização, portanto, e não no sistema funcional. A corrupção é justamente uma barreira que impede o funcionamento autônomo dos sistemas, é um empecilho para seus objetivos funcionais.

É por isso que, se permanece escondida a natureza corrupta de uma decisão jurídica (e ela não é *questionada* sob os cânones do Direito, em termos de códigos, estruturas e função), ela permanece tão válida quanto qualquer outra, pois, aparentemente, ela guarda as mesmas características de uma decisão jurídica hígida. Somente quando é desvelada a corrupção do código, quando esta vem à luz, é que se pode perceber aquela decisão, mas não todo o sistema, como corrupto.

A visão de que o sistema é corrompido seria uma ilusão de ótica de um observador que não percebe a diferença entre sistema funcional e suas instâncias decisórias (organizativas). Esclarecem os autores:

Corrupção só pode ocorrer nos sistemas de organização acoplados estruturalmente a esses sistemas funcionais. São as organizações que, por estarem situadas no ambiente dos sistemas sociais, é que estão sujeitas à corrupção. Pense-se também, por exemplo, na situação de um jurista que, para poder ascender no seu plano de carreira, julga seguindo critérios (códigos) políticos; ou um esportista que, para vencer a competição, utiliza doping; ou um cientista que, para a aprovação de seu projeto de pesquisa, direciona seus objetivos à satisfação de interesses econômicos do órgão financiador; ou uma empresa de consultoria ambiental que não avisa seu cliente da existência de um vazamento para avisar o órgão de fiscalização ambiental, que aplicará um auto de infração com medidas de recuperação ou medidas compensatórias muito mais lucrativas para a empresa de consultoria do que o simples conserto do vazamento e etc. Em qualquer dessas situações, não é o sistema que se corrompe, mas sim a decisão que opera fora do respectivo sistema (SIMIONI e MIRANDA, 2005, p. 8).

Em compreensão similar, Petra Hiller (2010, p. 66) percebe que na Europa é possível perceber que as decisões políticas não são somente motivadas politicamente, mas também economicamente, assim como as decisões jurídicas tecem considerações econômicas, pedagógicas e sociológicas. Assim, a diferenciação funcional não seria mantida no nível organizacional.

Este olhar direcionado à corrupção diz respeito, portanto, a uma “confusão” estrutural que não está prevista na diferenciação funcional sistêmica. Hiller (2010, p. 80) pensa que se acha a corrupção como ligações entre horizontes distintos de sentido que aparentemente são desviantes do que se espera na diferenciação funcional.

O que é curioso neste enfoque é que ele não considera a corrupção economicamente motivada como a única ou mesmo a principal existente – e por principal, entenda-se aqui a mais recorrente. Na verdade, eles entendem que este é um problema de ótica do espectador, posto existir maior sensibilidade moral a partir daqueles casos que envolvem os meios “poder” e “dinheiro”.

Petra Hiller (2010, p. 68) esclarece o entendimento da forma que segue:

De uma perspectiva da teoria dos sistemas, a alegação de corrupção simplesmente significa que o sistema político foi infiltrado pela lógica de um sistema estranho. Neste caso particular, o poder é trocado por dinheiro e as decisões políticas não são mais determinadas somente por preocupações políticas. Mais especificamente, se a corrupção é o abuso do poder político, então é o abuso em favor de uma lógica diferente – neste caso, econômico. E isto nos traz à definição de corrupção já proposta em Smelser (1971): O que é observado como corrupção na verdade é a ligação de diferentes horizontes de significado na comunicação social⁸(tradução nossa).

⁸ Na versão em inglês: “From a systems theory perspective, the allegation of corruption simply means that the political system has been infiltrated by the logic of an extraneous system. In this particular case, power is exchanged for money and political decisions are no longer determined only by political concerns. More specifically, if corruption is the abuse of political power, then it is abuse in favour of a different logic – in this case an economic one. And this brings us to the proposed definition of corruption already found in Smelser

A autora até traz casos de corrupção em que o meio “dinheiro”, típico do sistema econômico, não é envolvido. Um exemplo é quando um cientista baseia sua tese em motivações políticas e não no código verdade/falsidade, ao passo que outra seria o estabelecimento de decisões políticas com base em argumentos religiosos.

Como dito acima, para Luhmann, a moral atua, numa sociedade diferenciada funcionalmente, com uma função de alarme. Neste caso, algumas corrupções de códigos passariam despercebidas pelo observador que o faz sob a lente da moral. Assim, se uma decisão daquele mesmo julgador acima tomar como critério para aprovar ou não as contas uma “boa administração” ou a “popularidade do gestor”, embora certamente possam ser questionadas no âmbito de primeira ordem (por advogados ou juristas), o questionamento moral acerca da decisão será bem menor. A hipótese de Hiller (2010, p. 74) é de que haveria uma tendência a que decisões corruptas que não levem em conta o auto-interesse, mas interesses coletivos, tenderiam a ser toleradas por padrões morais.

Ela, inclusive, traz outro exemplo de questões que podem ser bem ou mal vistas conforme o critério moral, a despeito de ambas serem “corruptas” de uma observação da observação. O caso hipotético é o de um empresário que resolve não fechar seu negócio, a despeito de contínuas perdas econômicas, em razão de um certo senso de comunidade e para preservar o emprego e o desenvolvimento regionais. Neste caso, ele seria muitíssimo bem avaliado moralmente (HILLER, 2010, p. 72).

A corrupção é uma situação típica de sociedades funcionalmente diferenciadas e é justamente na relação intersistêmica que se a percebe. Hiller (2010, p. 70) traz um exemplo da Alemanha⁹, do “escândalo das válvulas cardíacas”, em que um grupo de médicos e técnicos hospitalares fraudaram os seguros de saúde, simulando demandas inexistentes por válvulas cardíacas. Na visão da autora, isto evidencia que é preciso a confluência entre os sistemas sociais de saúde e econômico para que ocorra a corrupção (não que isto seja necessário). Se o problema ocorresse exclusivamente no âmbito do sistema de Saúde, seria uma questão médica,

(1971): What is observed as corruption is actually the linkage of different horizons of meaning in social communication.”

⁹ É relevante que autores europeus tragam exemplos de lá para que se afaste certo estigma de que a Teoria dos Sistemas não reconhece a possibilidade de corrupção nos países “centrais”. Da ideia de uma “sociedade mundial”, decorrem consequências, quais sejam, problemas também “mundiais”, típicos de sociedades funcionalmente diferenciadas. Ainda que isto não seja a mesma coisa (v. a discussão entre Marcelo Neves e Luhmann, a respeito do lugar da exclusão na Teoria dos Sistemas), é incorreto falar que a Teoria é completamente indiferente à questão da diferença. Ou, que, é simplesmente a repetição de certo “racismo” típico das Teorias da Modernização, como é a crítica de Jessé de Souza (2013).

uma violação do juramento de Hipócrates. De outro lado, se a questão fosse um desvio econômico, poder-se ia considerar um crime ou um negócio mal feito. Mais uma vez está posto: a corrupção é uma matéria de observação.

Isto, contudo, não implica que a corrupção não seja um problema, ou dificuldade nem que o fenômeno não possa trazer consequências nefastas. Como dito anteriormente, o risco da corrupção é sua generalização, a ponto de embotar a própria diferenciação funcional do sistema¹⁰.

A corrupção é, sim, um “distúrbio” no funcionamento de sistemas funcionalmente diferenciados, pois, como Gephart (2009, p. 6) adverte, nos termos da teoria, “[...] a presença da corrupção significa que os limites do sistema entre Política e Economia estão sendo ultrapassados ilegitimamente¹¹ (tradução nossa)”. Notam Tänzler, Maras e Giannokopoulos (2012, p. 14-17) que a corrupção funciona, então, como um indicador de que os sistemas funcionais devem ter checadas suas compatibilidades de oferta e demanda com o fim de cumprir suas tarefas.

Se compararmos com a visão tradicional, as ambições regulatórias do Direito são rebaixadas sob a perspectiva luhmanniana, pois, numa sociedade diferenciada, já não cabe imaginar a intervenção direta de um subsistema em outro. Hiller (2010, p. 80) chega mesmo a dizer que a análise sistêmica, se serve para a compreensão, de pouco adianta para extrair soluções para o combate à corrupção. No mesmo sentido, Tänzler e outros (2012) percebem que a “ironia” da teoria dos sistemas de Luhmann está em compreender que os problemas raramente são resolvidos e quando são resolvidos levam a novos problemas, geralmente mais complexos.

Nestes termos, o Direito serve, no máximo, para criar as condições com que a Política deve, por conta própria, de forma autônoma, controlar suas estruturas e operações. Como o Direito poderia fazer isso?

Para R. Simioni e D. Miranda (2005, p. 11), uma forma seria “garantir o acesso às motivações das decisões políticas”, o que tenderia a gerar transparência, primeiro passo para a devida responsabilização desses sistemas de organização. O Direito poderia, por meio do

¹⁰ Contudo, há quem ache que a questão da estabilidade é mais importante do que a diferenciação funcional. P.ex., Adeodato (2009, p. 174) quando afirma: “Muitos dos sistemas jurídicos alopoiéticos contemporâneos apresentam outras formas também altamente complexas e estáveis, estrategicamente bem-sucedidas, de positividade do direito. Só que funcionam de forma diversa”.

¹¹ No texto em inglês: “The presence of corruption means that the system’s boundaries between economics and politics are being illegitimately overstepped.”

acoplamento com a própria Política, ensejar o aumento da repressão, por meio de sanções. Isto pode não ser suficiente, em alguns casos, afinal

[...] na sociedade contemporânea, a proibição legal de práticas é o que as tornam mais lucrativas. Enfim, na sociedade funcionalmente diferenciada, qualquer um pode, do ponto de vista do ambiente, observar o direito como uma oportunidade de escolha entre agir licitamente ou ilicitamente. O risco da escolha por agir ilicitamente, para a economia, é gratificado como uma oportunidade igualmente arriscada de grande lucro. Porque na economia, tudo o que é proibido é escasso. E se a demanda se mantém apesar da escassez, o sistema de preços acaba controlando aquilo que o direito ambientalizou como uma expectativa não normativa e, exatamente por isso, escassa, vale dizer: lucrativa [...].

Claro, numa sociedade em que a moral já não se impõe a todos de modo pleno, o papel do Direito não deve ser relegado. Como Luhmann (2007, p. 317) sustenta, “a improbabilidade da codificação tem seu correlato na probabilidade da sabotagem”, por meio do problema da corrupção. E diante destes episódios, por mais que se estreite a rede de regulações éticas, a moral pouco pode fazer. Não há como se chegar a um consenso pelas comunicações morais, visto serem dependentes da articulação de consciências, sujeitas a variabilidade de posições individuais. Neste mundo complexo, “de atenção escassa ou fuga”, é necessária a posição de um “consenso fático”, aquele proporcionado pelo Direito com a estabilização das expectativas normativas, que possibilitam “a economia de consenso, baseada em sua antecipação” e a distribuição de “encargos e riscos comportamentais”, com a melhora nas projeções normativas (TRINDADE, 2008, p. 52).

Neste sentido, caberia ao Direito desbloquear e destravar, quando possível, a corrupção no nível dos sistemas de organização, inclusive influenciando os outros sistemas indiretamente, por meio da dogmática jurídica e nas circunstâncias de acoplamento estrutural. Nisto cabe avaliar, ainda, até que ponto o Brasil teria problemas em alcançar a diferenciação funcional? É preciso inquirir, na hipótese, a respeito das possibilidades de aplicação da teoria em uma realidade como a brasileira – e se esta é tão moderna quanto a europeia. Este é o objeto do próximo tópico.

4.2 OBSERVAÇÕES SOBRE A MODERNIDADE BRASILEIRA. ALOPOIESE OU SOBRECARGA FUNCIONAL DO DIREITO? SERIA O SUBSISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO PLENAMENTE AUTÔNOMO?

A situação de os sistemas sociais serem autopoieticos é posta em Luhmann (2009, p. 126) de uma maneira em que uma terceira solução é excluída: ou os sistemas são autopoieticos

ou não são. Não existiria meio-termo, um sistema não poderia ser “um pouco autopoietico”, sendo inadmissível no conceito “um processo de gradação”. Para ele, em havendo esta gradação, estar-se-ia negando, em última instância, a própria autonomia dos subsistemas jurídicos, pois um sistema que não é capaz de reproduzir-se em seus próprios termos, andaria a reboque da sua estrutura para que tivesse seu grau de autonomia determinada, o que é negado por sua teoria dos sistemas.

Neste sentido, Luhmann tenta consolidar as premissas de sua teoria, dado que o fechamento operacional e a autopoiese são condições intrínsecas à autonomização de um sistema funcionalmente diferenciado. Admitir “formas gradativas de autopoiese” seria torna-la um processo ralo.

Contudo, não é desta forma que Teubner (1993, p. 66) vê a questão. Ele entende que a autonomia, em si, é uma “realidade gradativa”, definida como a “emergência cumulativa de relações auto-referenciais que, sob certas condições, possibilita ao sistema como um todo a sua própria auto-reprodução”. Haveria diferença, portanto, entre a auto-observação pelo sistema em relação a seus componentes, a colocação em operação dos componentes sistêmicos ou a produção de novos elementos, a partir de seus próprios. Sempre que cada uma destas “fases” fosse alcançada, o sistema teria sua autopoiese em grau mais avançado, possibilitando maior seletividade de variações informativas, e é isto que, segundo Teubner (1993, p. 68-70) explicaria as relações de dependência entre os subsistemas sociais (com ênfase na relação entre o Direito e outros subsistemas) possibilitaria a influência do Direito em outros subsistemas sociais, nos marcos expostos no tópico anterior.

Todavia, Luhmann discorda de que isto não esteja suficientemente explicado pela teoria dos sistemas que toma a autopoiese como um evento sem meios-termos. Para ele, a questão da dependência de um sistema em relação a outro não tem a ver com a autopoiese, mas a uma relação causal, de observar como o meio eventualmente produz efeitos no sistema, até porque não é negada em nenhum momento. O próprio Luhmann (2009, p. 127) observa¹² que o estado da arte de sua pesquisa chegou à conclusão

[...] de que os sistemas altamente complexos aumentam, simultaneamente, a autonomia (se é que se permite usar assim tal conceito) e a dependência. Só desse modo é possível explicar por que os sistemas político, econômico, do direito, são altamente dependentes e independentes em relação ao meio: sabe-se das dificuldades

¹² Simioni (2014, p. 680-681) ainda destaca a uma divergência entre Luhmann e Teubner que é consequência desta, acerca do “pluralismo jurídico”. Enquanto Teubner pensa a pluralidade como a possibilidade de existirem “sistemas de Direito”, para Luhmann, o Direito é um sistema só, sendo a pluralidade uma questão da autodescrição sistêmica, de aceitação de diversos programas normativos, uma construção que o sistema faz de si mesmo.

da política, quando a economia não floresce; dos problemas da economia, quando a política não pode oferecer, mediante regulações do direito, garantias [...].

Ele compreende, assim, que um sistema não necessariamente se torna menos autônomo porque mais dependente de outro – ou, por outra: a ausência de autonomia de um sistema não guarda correlação direta com sua dependência, mas sim ao processo de funcionamento de produção de seus componentes, sob códigos e programas estruturados, em cumprimento à função diferenciada que o sistema-sociedade moderno lhe requer. Esta relação intrínseca e paradoxal entre dependência e autonomia delimita que é imprescindível a “quantidade”, de elementos esparsos para constituição da autonomia (“qualidade”), como bem anotam Gonçalves e Villas Bôas Filho (2013, p. 56).

Um ponto marcante e controverso se impõe quando se fala da “sociedade moderna”. Afinal, o que Luhmann quer dizer com isto?

Sabe-se que o conceito de modernidade é um tanto quanto fugidio e variável, conforme anotam, entre muitos, Villas Bôas Filho (2009, p. 52-111) e Marcelo Neves (2007, p. 170-177). Para Luhmann (2007, p. 857), a baliza que distingue a sociedade moderna é a diferenciação funcional, apesar do questionamento que faz a respeito da tendência das sociedades modernas de sempre exigirem mais “modernização”. A despeito do tom evolucionista com que distingue a sociedade funcionalmente diferenciada de outros estágios, Luhmann não vê a questão como a de “progresso” de uma etapa histórica em relação à outra, mas de simples variabilidade e aumento de complexidade. Há, em sua obra definitiva sobre o sistema-sociedade, ao menos uma referência explícita neste sentido:

[...] é apenas necessário seguir enfatizando que a teoria da evolução não é teoria do progresso. Admite por igual – com atitude de desapego – o surgimento e a destruição dos sistemas. Por outro lado, Darwin – com isto congruente- se recusou a utilizar expressões como “superior” e “inferior” para caracterizar as espécies¹³ (LUHMANN¹⁴, 2007, p. 337)

Desta forma, as sociedades funcionalmente diferenciadas representariam uma evolução, pois teriam maior aptidão para selecionar e estabilizar expectativas em circunstâncias de maior complexidade. O processo evolutivo, em suma, consiste justamente nisto: variação de sentidos;

¹³ Versão em espanhol do texto, por Javier Nafarrate: “Después de estas precisiones es apenas necesario seguir recalando que la teoría de la evolución no es teoría del progreso. Admite por igual —con actitud de desapego— el surgimiento y la destrucción de sistemas. Por otro lado, Darwin —no del todo congruente— se rehusó a utilizar expresiones como “superior” o “inferior” para caracterizar a las especies.”

¹⁴ V. também VILLAS BÔAS FILHO, 2009, p. 97; GONÇALVES e VILLAS BÔAS FILHO, 2013, p. 99.

seleção de possibilidades aproveitáveis e mecanismos de manutenção e estabilização das escolhas, como firma Luhmann (1983, p. 175), num processo de contínuo aumento de complexidade. Aliás, para afastar qualquer carga valorativa que se pusesse atribuir ao conceito, Gonçalves e Villas Bôas Filho (2013, p. 53) consideram claro que Luhmann concebe a evolução sem “certeza ou causalidade”, como um processo “às cegas” e sem ser passível de controle.

A outra face do aumento de complexidade é a diferenciação funcional. A diferenciação, alerta Villas Bôas Filho (2009, p. 99), não é primado exclusivo das sociedades modernas, sendo “traço característico de todo sistema social”, dado que o incremento de complexidade a enseja, com a criação de estruturas próprias que deem conta do aumento de informações. Contudo, em sociedades estratificadas, é maior a tendência de haver um bloqueio de comunicações e, em decorrência, uma produção menor de diferenciação, pois os meios de difusão da informação tenderiam a ficar concentrados (GONÇALVES e VILLAS BÔAS FILHO, 2013, p. 61).

Não cabe a este trabalho uma síntese da compreensão de Luhmann acerca da evolução da sociedade, desde as sociedades arcaicas segmentárias, mas é preciso frisar que desde então, já a distinção entre centro/periferia e a estratificação hierárquica implicaram diferenciação, o que redundou em efeitos nas relações entre sistemas. A culminação deste processo evolutivo, por ora, é o de uma “sociedade mundial, acêntrica”, em que já não é possível uma instância máxima que possa descrevê-la a partir de um ponto específico, havendo, reativamente, o surgimento de uma série de subsistemas, a partir das funções demandadas.

Ressalte-se, todavia, não haver qualquer grau de importância entre os sistemas demandados, pois cada um produz suas potencialidades de sentido de modo simultâneo, com prestações específicas para os outros sistemas e funções próprias consoante o exigido pela sociedade. Como Gonçalves (2013, p.85) observa, o sistema (o autor fala em jurídico, mas naturalmente isto vale para os outros subsistemas) tem de se adaptar aos outros sistemas, conforme seus “critérios de aprendizagem”.

Sem embargo, existe a possibilidade de problemas no funcionamento de sistemas autopoieticos. Um caso típico é a já referida corrupção ou bloqueio sistêmico, quando a interferência de um ambiente ou de um sistema em outro é de tal maneira que o código do sistema “interferido” sofre um problema para continuar vigente.

Dito de outra forma, as decisões *no âmbito das estruturas de organização* de um sistema são processadas sob outro código. Assim, seria o caso de uma decisão tomada com base no código lícito/ilícito ou amigo/inimigo (típica do sistema afetivo, da família) tomada no

âmbito da Política¹⁵ – que tende a gerar problemas nas instâncias decisórias, ou ainda, trazer ao sistema jurídico questões sobre o poder/não poder, não passíveis de controle pelo código jurídico. Um outro caso é quando as estruturas de decisão do Direito, como os tribunais, lançam mão exclusivamente de argumentos econômicos ou políticos, sem a devida reconfiguração juridicante. Nesta circunstância, o órgão jurídico para de funcionar como “atualizador de sentidos” do Direito e há consequências.

Luhmann (2005, p. 137) expõe essas dificuldades, quando explica que este tipo de intromissão com frequência num sistema jurídico o faz operar em estado de corrupção. Este não significa o total obscurecimento da autonomia do sistema jurídico, pois uma série de operações pode continuar ocorrendo sob a mediação do código “lícito/ilícito”, um estado de constante pergunta sobre a aplicabilidade ou não do Direito poderia levar a casos extremos de problemas no fechamento do sistema – que já não seria mais autônomo.

A conclusão deste impasse pode ocorrer de maneira traumática ou, se bem sucedida, não menos complexo, pois, uma vez no estado de corrupção, a complexidade do processo comunicativo é abruptamente interrompida. As hipóteses de suplantação estariam naquilo que Marcelo Neves (2007, p. 147) chama de “mecanismos imunizatórios complementares” do próprio sistema. De outro lado, a situação extrema seria quanto pode a desdiferenciação funcional, em possível ruptura do sistema autopoietico. Chamon Junior (2009, p. 101) assim entende a respeito do tema:

O que não se pode verificar é a intromissão constante do ambiente no sistema: do contrário, este entraria em corrupção, deixando de operar com seu próprio código, simplesmente “simulando juridicidade”, quando na verdade o Direito se apresentaria como ocasionalmente funcionando como sistema.

A respeito de como a corrupção sistêmica e suas consequências podem afetar o funcionamento do Direito em geral é bastante discutida, a partir da própria noção de “sociedade” que a teoria dos sistemas abriga. Vale ressaltar, de plano, que a noção de sociedade, para Luhmann, não admite mais a ideia de um centro privilegiado de compreensão, nem tampouco a delimitação territorial, pois a diferenciação (especialização) funcional teria levado as comunicações ao ponto de uma interação contínua, sem que faça sentido a alusão a Estados nestes processos.

¹⁵ Esta é uma zona repleta de nuances, e é verdade que há situações em que, devido ao acoplamento estrutural existente, é inevitável a participação dos dois códigos, ou predominância de um, no caso da política, já que o “governo” faz parte da estrutura da Política e do Direito.

Essa sua concepção de sociedade advém, aliás, de sua própria definição, afinal se a sociedade é composta por comunicações, sendo os indivíduos parte do ambiente, não haveria que se falar em distinções geográficas a partir de fronteiras criadas nas relações entre os sistemas psíquicos para realizar um estudo da sociedade. Campilongo (2011C, p. 162) descreve desta forma o estado de coisas segundo a teoria:

Não tem um centro, na visão de Luhmann, que se imponha ou sobressaia entre os diversos sistemas parciais [...]. Não há, igualmente, relação baseada na segmentação ou estratificação sociais. Os critérios de inclusão, vale dizer, de possibilidade de comunicação, limitados nas sociedades segmentárias e estratificadas, são ampliados pelo pleno desenvolvimento dos *mídia* de comunicação. Daí se dizer que, no mundo moderno, a inclusão é generalizada. Dissolve-se a ordem hierárquica.

Desta forma, Luhmann (2007, p. 859) não abandona a abstração do conceito que funciona como trunfo analítico à Teoria dos Sistemas e afirma como certa a presença e difícil a regulação centralizada desta sociedade mundial para o caso do sistema creditício da economia internacional das fianças, assim como o da investigação científica ou da política internacional.

Resta claro que Luhmann (2007, p. 857-862) não nega as evidências empíricas de que haveria, p.ex., diferenças no funcionamento de um subsistema social em um e outro Estado-nação, pois ele, inclusive, menciona a circunstância de país menos desenvolvidos buscarem alcançar patamares similares aos países desenvolvidos e de como isto indicaria, isto sim, a existência de comunicação. Afinal, ele indaga: de que outra maneira os países menos desenvolvidos teriam sido alertados sobre as diferenças e estas teriam se tornado um problema, senão por este contato? (LUHMANN, 2007, p. 860).

A rigor, desde há muito, Luhmann (1983, p. 154) sustenta a existência de uma sociedade mundial a que a realidade política não teria correspondido, pois já haveria um “contexto global de interação” que permite afirma-la.

Então, mais do que isto, ao apontar a modernização como um processo indelével, ele percebe o problema central da modernidade o estabelecimento de uma sociedade funcionalmente diferenciada e “mundial”, o que seria negado ou subestimado pela conceituação tradicional de “sociedade”, a partir da matriz teórica político-jurídica, o professor de Bielefeld sustenta, enfim, a insuficiência do conceito de modernidade compartimentado, tendo em vista que muitos dos problemas também são notados em “sociedades desenvolvidas”.

Contudo, ainda assim, destaca-se, em relação à tese luhmanniana, um questionamento sobre as diferenças empiricamente verificáveis de acordo com divisões regionais e de desenvolvimento econômico e político – e em como isto influenciaria a aplicação de seus

marcos teóricos. Dito de outro modo, então: Caberia a aplicação indistinta da Teoria dos Sistemas ao Direito brasileiro, p.ex.? Marcelo Neves (2007, p. 140-148) questiona alguns dos pressupostos de Luhmann, não exatamente no que se referem à existência de uma sociedade mundial, mas a maiores distinções que possam haver quanto ao processo de diferenciação funcional e à ocorrência da própria autopoiese.

Para o brasileiro, a presença de desigualdades verificáveis em cada limite de vigência e aplicação do Direito territorialmente identificado levaria a desenvolvimento diferente da sociedade, não sendo possível falar em unitariedade, nos termos esposados por Luhmann. Para designar este fenômeno Marcelo Neves (2007, p. 142) cunhou o termo de *alopoiese*, derivada do grego *állos* (“outro”) e *poíesis* (“produção”), em contraposição à *autopoiese*. Neste caso, haveria a comunicação em um sistema seria interrompida e produzida sob o código de outro sistema, sem que seja possível falar em produção diferenciada pelo próprio sistema. Ele procura, demonstrar, em suas palavras, que

[...] não se desenvolve, em determinados âmbitos de vigência espacial delimitados fixamente, a diferenciação funcional suficiente de uma esfera do agir e do vivenciar jurídico, ou seja, não se constrói um sistema auto-referencial apto a, de maneira congruentemente generalizada no domínio da respectiva sociedade, orientar as expectativas normativas e regular as conexões interpessoais de conduta (NEVES, 2007, p. 146).

Esta seria, então, uma situação típica de países de “modernidade tardia” ou “periférica”. Sobre estes conceitos de modernidade, Neves (2007, p. 170) alerta desde logo que lança mão de tipos ideais, explicativos mais como modelos do que como descrição de realidades específicas e também que não os usa sob o marco da tradição das “teorias da exploração”, de meados do século XX, mas antes como uma questão econômica¹⁶ crucial, visto que a desigualdade socioeconômica seria uma característica intrínseca ao desenvolvimento entre regiões distintas. O professor pernambucano deixa claro que concebe as diversas possibilidades de uso das categorias “centro/periferia” em diversos níveis da chamada sociedade mundial, inclusive afirmando o risco de “periferização do centro”, no posfácio de “A Constitucionalização Simbólica” (NEVES, 2007, p. 191-200), quando vê a emergência de situações de subintegração também no contexto europeu, p.ex.

De outro lado, Orlando Villas Bôas Filho (2009, p. 278- 284) contesta o uso do termo modernidade periférica por considerar que ele minimiza a diversidade de acessos possíveis à

¹⁶ Distinção que, no entanto, “pressupõe a segmentação territorial do sistema político-jurídico em Estados”, cf. Neves, 2007, p. 173, a partir de citação do próprio Luhmann referida na obra.

modernidade. Na visão do professor paulista, ao eleger a modernidade euro-norte-americana como “central”, se traria uma concepção equivocada de que somente haveria um sentido para o “devir histórico”, quando se percebe, na verdade, que o desenvolvimento (certamente Luhmann usaria o termo “evolução”) é seletivo¹⁷, não podendo limitar-se a alguns casos concretos um modelo abstrato que sirva de paradigma. De toda forma, é preciso destacar que a distinção centro/periferia¹⁸ é levada em conta para cada classificação. Ou, com Leonel Severo Rocha (2009, p. 39), numa sociedade policontextural, este código distintivo é variável:

Não se pode falar em centro e periferia sem se dizer em quê. Centro/periferia é uma forma criada por Luhmann para que se possa ter uma oposição maleável um código [...] que permita analisar a inclusão e a exclusão na heterogeneidade das possibilidades do mundo.

Por isto, parece assistir razão às ponderações de Villas Bôas Filho. A rigor, o que sintetiza a visão sistêmica a respeito do conceito de sociedade, paradoxalmente, é a unidade das diferenças. A despeito de uma série de possíveis distinções entre o que se convencionou chamar tradicionalmente de sociedades “europeia” ou “latino-americana” (ou mais ainda, “sociedade portuguesa”, “espanhola”, “brasileira” ou “argentina”), a existência de um padrão de evolução nas relações sociais, regido pela noção de diferenciação funcional, aumento da complexidade, incremento das relações econômicas, presença da moral como “metaregulação”, etc., fariam com que pudéssemos falar em uma “sociedade mundial”. Como Luhmann (1990, p. 165) trata e Campilongo (2011C, p. 166) explica, os critérios universais de inclusão (que, nos termos do autor, “não significa igualdade, mas apenas competência comunicativa”) da sociedade diferenciada funcionalmente ampliam tanto a complexidade, que esta é incompatível de ser explicada pela redução centro/periferia.

Importante frisar, contudo, que Villas Bôas Filho (2009, p. 328) concorda quanto às limitações da abordagem evolutivo sistêmica para a realidade brasileira, justamente porque haveria “limitações empíricas que não podem ser desconsideradas, sob pena de se esposar uma concepção homogeneizada tanto da modernidade quanto do processo que a ela conduz”. Não obstante, como se verá, esta não é a divergência maior na obra desses dois teóricos sistêmicos brasileiros.

¹⁷ Aqui percebe-se uma divergência de fundo essencialmente metodológico. Enquanto Neves opta por um conceito aproximado ao “tipo ideal” weberiano, Villas Bôas Filho (2009, p. 299) parte de outra premissa, segundo a qual as sociedades modernas “[...] desenvolvem-se a partir de processos seletivos de modernização, o que tem por pressuposto a premissa de que as especificidades de cada sociedade somente são satisfatoriamente apreendidas mediante uma análise que, em vez de recorrer a modelos normativos de modernidade, se atém ao modo pelo qual ocorreu a modernização seletiva de cada contexto social particularmente considerado.”

¹⁸ Conforme ver-se-á, a categoria é útil para o estudo interno aos sistemas parciais.

Neves (2007, p. 171) utiliza sua noção de “modernidade periférica” como uma via descritiva da situação de certas “regiões estatalmente delimitadas”, em que não teria havido a “efetivação adequada da autonomia sistêmica de acordo com o princípio da diferenciação funcional¹⁹”, o que se verificaria em outras regiões (o tal centro). Haveria, assim, presenças distintas de diferenciação funcional – o que não é uma negativa da teoria luhmanniana, cf. já visto – e isto chegaria a um ponto tal de corrupção sistêmica, que bloquearia a própria autonomia dos subsistemas, que já não se reproduziriam sem o código alheio, inoculado por meio desta “alopoiese”.

Como considera o próprio Neves (2007, p. 147): “A chamada corrupção sistêmica tem tendência à generalização nas condições típicas de reprodução do direito na modernidade periférica, atingindo o próprio princípio da diferenciação funcional e resultando na alopoiese do direito”²⁰.

Este problema teria sido gerado pela dinâmica do incremento de complexidade social, que teria ocorrido de maneira tão intensa que as estruturas de delimitadas regiões não conseguiram alcançar e dar conta de se modificarem para que atuem com funções específicas e diferenciadas. Na ocasião de alopoiese, há uma deturpação antônima da abertura cognitiva, pois nesta, o sistema se irrita e a partir dos contatos “naturais” (v. acoplamentos) com outros sistemas, busca informações e as processa sob seus respectivos código, estrutura e programas. Já na alopoiese, o fechamento operacional é frontalmente quebrado, sem que se possam desempenhar as operações de reprodução do código jurídico e de suas estruturas de modo pleno (NEVES, 2008, p. 242). A quebra do fechamento significa certa falência das operações do sistema – e sem estar fechado para se reproduzir, é difícil que o sistema se irrite e capte as influências dos outros subsistemas – daí a tendência a não se diferenciar funcionalmente, visto que todo o ciclo é afetado.

No caso, isto poderia ocorrer com vários subsistemas sociais, e é a tese de Marcelo Neves que ocorra com o Direito (e mesmo com a Política) brasileiro. Não existiria autonomia operacional no sistema jurídico, que seria permanentemente bloqueado por injunções de critérios de outros códigos, principalmente do econômico e do político. A partir daí, haveria um déficit nos “mecanismos de filtragem seletiva” (legalidade, constitucionalidade), que cederiam

¹⁹ E ainda, não estaria formada “[...] uma esfera pública fundada na generalização institucional da cidadania, características (ao menos aparentes) de outras regiões estatalmente organizadas (países centrais)”. Note-se que Marcelo Neves utiliza, em sua teoria, da combinação de elementos teóricos de Luhmann e Habermas, além da sua contribuição original. P.ex. : Neves (1996)

²⁰ Igualmente em Neves (2008, p. 241-244).

a pressões de outros códigos (“ter/não ter”, “governo/oposição”), não permitindo o fechamento operacional, graças a ausência de autopoiese. Haveria, enfim, uma situação de bloqueio generalizado, sem a “efetivação suficiente da autonomia sistêmica de acordo com o princípio da diferenciação funcional” (NEVES, 2008, p. 237).

Neves não nega, portanto, algumas características fundamentais da modernidade, a partir da teoria luhmanniana, como é o caso da redução do papel da moral na integração social e do aumento de complexidade. A diferença é que, em sua abordagem, aquele aumento de complexidade é recebido de forma diversa, “desestruturada e desestruturante”, em determinadas circunstâncias por ele chamadas de periféricas, a ponto de o primado da diferenciação funcional não ser aplicável de modo tão nítido (ou mesmo não ser aplicável). À desagregação da moral, não corresponderia a formação de sistemas autônomos, por isto o enfoque é na “negatividade” desta espécie de modernidade.

Além disso, o próprio acoplamento estrutural encontraria dificuldades para seu melhor funcionamento, pois para que ocorra, ele depende de sistemas autônomos ocasionalmente integrados, para que esta dependência gere ainda mais autonomia, pelo enriquecimento do seu léxico.

O acoplamento estrutural é uma união parcial e constante, que permite a irritação e o fluxo de informações de um sistema a outro. A partir do momento em que o funcionamento é descoordenado, com invasão difusa de critérios alheios ao sistema, tem-se como possível conclusão a indiferenciação funcional –não se poderia falar em autonomia do sistema político ou do sistema jurídico, tanto um diante do outro, quanto ambos diante do sistema econômico (p.ex.).

Como já foi visto, o acoplamento possibilita, inclusive, o controle do sistema jurídico sobre outros sistemas, pois sua função é a de estabilização de expectativas. Inexistindo este controle, além de não realizar sua função, são geradas turbulências no próprio sistema político, pois é pressuposto do Estado Constitucional (forma típica da Política como sistema diferenciado) o controle do poder²¹. Assim, nos termos e condições em que o poder arbitrário ganha espaço, o próprio sistema político sofre com dificuldades para o processamento da complexidade das informações do ambiente. Não é à toa que é comum a presença de crises

²¹ Por esta razão, Neves falar no jurídico como o código secundário do sistema político. V. também Neves (2008, p. 90-91 e 95-106).

quando atores do Poder Executivo (ou do Legislativo) passam a concentrar um feixe de poderes além de algum equilíbrio estável²².

Está claro que Neves (2007, p. 151) acredita que o problema do Brasil influencia também o sistema político, pois ele vê o processo de “constitucionalização simbólica²³” torna ineficiente a função política de vinculação geral de condutas, porque submete o poder político a ingerências particularistas. Há uma relação destrutiva de bloqueios recíprocos entre a Política e o Direito, que impedem o desenvolvimento de um e de outro.

A própria “fraqueza” do código jurídico impede que a Política prevaleça autonomamente e não é outra a razão para que se desenvolva uma outra série de mecanismos operacionais destrutivos da autonomia política, como a influência do código econômico nos procedimentos eleitorais ou por relações afetivas-relacionais, que influenciam a Política com particularismos (NEVES, 2008, p. 241-242). Um sistema jurídico autônomo e funcionalmente diferenciado possibilitaria que o campo da Política se desenvolvesse de forma mais plena, pois ao Direito caberia controlar influências indevidas da Economia (pela criminalização e punição da compra de votos ou consciências) ou do afeto (proibição do nepotismo, impedimentos legais a negócios públicos pela preservação da probidade e moralidade jurídicas).

Ainda assim, o prejuízo é maior, e a posição piora para o caso do sistema jurídico, por não haver institucionalização suficiente de critérios e programas que o confirmam maior estabilidade. Por essa razão, a corrupção generalizada leva-o a concluir pela “alopoiense social do direito por força da prevalência de outros códigos de preferência sobre o código ‘lícito/ilícito’”, sem uma delimitação expressa do que seria o campo da juridicidade (NEVES, 2008, p. 239). A corrupção não ocorreria somente a partir do campo político, mas também pelos códigos afetivo e econômico, impedindo que a legalidade se dissemine como “generalização igualitária” das expectativas normativas.

Neves (2008, p. 240), enfim, rechaça a hipótese de que a crise do campo jurídico em países como o Brasil seria similar àquelas percebidas na Europa Ocidental ou na América do

²² A Ciência Política tradicional vê estes fenômenos como o bonapartismo, cesarismo, autoritarismo ou totalitarismo, entre outros – ou mesmo na controversa figura de “golpes de Estado” que contam com apoio da maioria parlamentar.

²³ De forma brevíssima, poder-se-ia delimitar dois sentidos de “constitucionalização simbólica”: (i) o negativo, em que o destaque é dado ao “[...] fato de que o texto constitucional não é suficientemente concretizado normativo-juridicamente de forma generalizada”; (ii) e o positivo, o seu papel político-ideológico de legitimar o exercício do poder e criar um véu *supostamente jurídico* sobre um exercício arbitrário da Política. Em especial, v. Neves (2007, p. 55-126)

Norte. Enquanto ali a “corrupção sistêmica” seria localizada, aqui não se veria concretização fática do fenômeno jurídico, ainda que haja uma profusão de textos jurídicos.

Neste ponto, nova divergência é aberta por Villas Bôas Filho (2009, p. 295). Conquanto ele admita que existam problemas na autonomia do Direito brasileiro, o maior problema seria a “sobrecarga do sistema”, que seria incapaz de dar conta de demandas de uma sociedade altamente excludente.

Em sua visão, desenvolvida a partir de uma tese luhmanniana, a análise sistêmica acaba tendo de recair no plano das organizações, em que se perceberia a diferença interna no Direito entre centro (Tribunais) e periferia (Legislação)²⁴. Repare-se que aqui há um uso das categorias centro/periferia, que é aproveitada para uma descrição interna aos sistemas parciais, cf. Campilongo (2011C, p. 165) e o próprio Luhmann (1990)²⁵. Uma vez que o Direito moderno²⁶ é, sobretudo, Direito positivo e isto significa Direito posto a partir de decisões, Luhmann (1990 e 2005, p. 359-399) desenvolveu a ideia de que os Tribunais ocupam uma posição de destaque como estruturas de organização do subsistema jurídico funcionalmente diferenciado. São essas organizações que possibilitam a “organização do fluxo comunicativo” e por isso ganham importância fundamental no processo de diferenciação do Direito, ao passo que às demais (legislação, contratos, entre outros) seria garantido o papel de alimentação e acomodação das irritações do sistema, dada a sua posição nas fronteiras entre os sistemas jurídico com a Política e a Economia.

Vale dizer, porém, que Luhmann (1990, p. 164-165) não atribui à centralidade dos Tribunais uma importância maior, mas simplesmente trata isto como um fato decisivo para compreensão da estrutura. Em verdade, a diferença entre centro e periferia mais uma vez constitui uma unidade, pois não há um sem o outro.²⁷

²⁴ Esta é uma distinção que ocorre em outros subsistemas sociais: Na Economia, os Bancos ocupam o lugar central, na Política, é o Estado, etc.

²⁵ Sobre o assunto, Campilongo (2012, p. 165-166) explica a diferença no uso das categorias: “A diferença centro/periferia pode ser aplicada aos sistemas parciais, mas Luhmann rejeita essa referência para a análise do sistema mundial. A sociedade diferenciada funcionalmente ganha uma complexidade incompatível com a distinção centro/periferia”.

²⁶ São características do Direito funcionalmente diferenciado, para Luhmann (1990, p. 151-155): (a) Fundamentos de vigência no próprio Direito, na Constituição; b) Ampliação dos fundamentos de vigência (aumento do escopo dos precedentes e da experiência dos Tribunais); c) Limitação da função administrativa e neutralização política dos Tribunais; d) Exclusão de “função interpretativa” do legislador; e) Maior disposição à vontade privada na vigência do Direito, por meio da liberdade contratual e f) Incremento dos acoplamentos estruturais como forma de limitações aos sistemas; g) Separação dos acoplamentos estruturais entre Direito e Política, Política e Economia, Direito e Economia.

²⁷ Ou, nas palavras do próprio Luhmann (1990, p. 164): “A diferença de periferia e centro não implica nenhuma diferença de ordem hierárquica ou de importância para a continuação da autopoiesis do sistema. Muito pelo

A partir desta premissa, Villas Bôas Filho (2009, p. 283) compreende, sem negar a existência de corrupção, que não haveria falta de autonomia no sistema jurídico brasileiro, mas uma carga de responsabilidades imputada aos Tribunais em grau superior ao que poderia ser suportado por suas instâncias de organização, algo motivado por uma filtragem deficiente das estruturas de organização periféricas (de legislação, p.ex). No caso, o Direito estaria sofrendo um processo de sobrecarga na exigência de “prestações” por outros sistemas, e de uma percepção inadequada de sua função na sociedade moderna. Onde Marcelo Neves percebe alopoiese, Villas Bôas Filho (2009, p. 299) vê exigências impossíveis de serem cumpridas num âmbito de diferenciação funcional.

Neste caminho, o óbice maior ao sistema jurídica não estaria na falta de autonomia, causada pela sobreposição de códigos, mas seria a

[...] incapacidade da periferia do subsistema jurídico em funcionar como uma espécie de “filtro”, “almofada” ou “para-choque” que preserve o centro do subsistema de uma sobrecarga de variedade, que pode criar um curto-circuito em sua teia operacional, agrava problemas relativos à capacidade de resposta desse subsistema, problemas esses que, entretanto, não são exclusivos de países dito periféricos, como o Brasil (VILLAS BÔAS FILHO, 2009, p. 385).

Isto se agravaria pois no Direito, ao contrário da Política, a decisão jurídica é inevitável dado o *non liquet* inerente ao sistema jurídico moderno. O órgão decisor é coagido a decidir, no que é chamado de dupla negação por Luhmann (1990, p. 160): “a não-decisão não é permitida”, fórmula que implica na “competência universal do sistema jurídico. Como Celso Campilongo (2011C, p. 117) afirma, o Judiciário “não seleciona o tipo de demanda sobre a qual decide” e a presença de filtros na periferia do sistema jurídico é o que confere estabilidade e certo isolamento às estruturas centrais de organização, o que é essencial para a produção de operações cujo código seja indistintamente jurídico, sob o fechamento operacional. Na falha daqueles filtros, restaria uma carga pesada aos Tribunais, que, responsáveis pela decisão jurídica, são as estruturas que fecharão as operações jurídicas.

Ocorre que para Neves, a partir das condições identificadas por ele como alopoiéticas, surge o tema da *subintegração*, nada mais do que o problema da “marginalidade” e da “exclusão” sob uma leitura sistêmica, guardando relação com essa sobreposição de códigos. Assim, aquela ocorre quando o funcionamento de um sistema passa a depender, em diversos

contrário, a diferença é uma forma de dois lados, que demarca a separação desses dois lados e que pode estruturar o próprio sistema apenas como unidade da diferença”.

sentidos (e não somente nas hipóteses restritas de acoplamento estrutural ou de irritação corriqueira) de outros sistemas.

A subintegração seria a dependência de acesso a critérios do sistema, sem acesso às respectivas prestações, ao passo que a sobreintegração traria a situação contrária: acesso ao sistema sem necessidade de submissão a suas regras e critérios (NEVES, 2007, p. 173). É nestes passos que Ara Cárita M. da Silva (2008, p. 259) ressalta que “a alopoiese observada nos países periféricos impede que o direito seja igualmente acessível a todos os segmentos da sociedade”.

Mais uma vez, Villas Bôas Filho (2009, p. 331-334) questiona a tese do professor pernambucano, pois depreende que as condições de exclusão social, a despeito da gravidade, repercutem de outra forma no sistema jurídico. Para ele, não haveria eliminação, mas indiferença dos excluídos, o que poderia “vir a afetar a capacidade desse subsistema quanto ao desenvolvimento de sua função de estabilização de expectativas normativas”. Não haveria eliminação porque, em termos luhmannianos já firmados neste trabalho, a sociedade não seria formada por pessoas. A questão da exclusão poderia ocorrer, isto sim, no ambiente – entretanto, a autopoiese do sistema jurídico seria mantida.

Da mesma forma, Campilongo (2011C, p. 167-168) não nega os evidentes problemas de acesso à Justiça no Direito brasileiro, mas entende que estes não são expressão de uma inviabilidade da autonomia dos sistemas sociais em realidades distintas da europeia ou norte-americana. A hipótese geral de Campilongo é distinta, pois ele percebe o funcionamento do Direito no Brasil “de modo similar aos sistemas jurídicos dos países economicamente centrais”, não havendo grandes distinções quanto ao “tipo de observação”, nem quanto ao código de organização das operações. A seu ver, a “tendência ao não” de uma decisão jurídica seria aumentada de maneira “trágica” pela hipercomplexidade de países economicamente periféricos, cujas áreas de contato com o ambiente (e, por tabela, os outros sistemas sociais) são mais irritáveis. Seria este o grande problema do Direito brasileiro: haveria uma demanda não solucionada que chegaria ao centro do sistema (os Tribunais), impondo a espada de Dâmocles da decisão inevitável àquelas demandas não filtradas.

Assim, e.g., a existência de uma série de carências econômicas tenderia a gerar pressões, não resolvidas no âmbito do subsistema político ou econômico, que chegariam ao Direito, pela via legislativa (a própria Constitucionalização Simbólica seria um caso). Na proporção em que as questões fossem chegando, o Judiciário teria de tratá-las, com a obrigação de decidir, porém, sem os instrumentos que a Política ou a Economia poderiam lhe conferir.

Ambas as leituras não são exatamente lisonjeiras acerca das relações entre Direito e Política no Brasil. Para Marcelo Neves (2007, p. 177-189), num breve caminhar pelas Constituições, notar-se-ia um estado pendular entre “instrumentalismo” e “simbolismo” nas Cartas Constitucionais, o que significa o uso da Constituição não como efetivação de direitos e garantias, colaborando à estabilização das expectativas e da distribuição e controle do poder político, mas sim como instrumento político corriqueiro na luta pelo poder, seja para alcançá-lo diretamente (e eventualmente no uso contra adversários), seja para usar como figura legitimadora, sem a implementação de deveres correspondentes pelos ocupantes de cargos de poder político ou econômico.

Ressalte-se que sua visão de mundo não percebe uma “colonização” da Política, como seria típico de uma sociedade completamente indiferenciada, mas detecta “tendências a uma guerra hobbesiana entre os diversos domínios de ação”, que restam por não organizar e estruturar suficientemente a complexidade social existente (NEVES, 2004, p. 148).

Em relação ao texto de 1988, por exemplo, haveria discrepância entre a comunicação emanada aos subintegrados (para quem não seria possível identificar o sentido das determinações constitucionais) e os sobreintegrados (o problema diz respeito a chegar a um consenso quanto aos valores constitucionais). Isto levaria a uma “desjuridificação da realidade constitucional” tendo por efeito “[...] a insegurança destrutiva com relação à prática de solução de conflitos e à orientação das expectativas normativas” (NEVES, 2007, p. 186). Para lidar com o assunto, seria preciso efetivamente “constitucionalizar a realidade”, e “jurídica a realidade política”, por meio de controles exercidos junto ao Poder Político, sobretudo.

Luhmann (2007, p. 126-128) não foi indiferente às inquietações de Marcelo Neves, fazendo-lhes menção expressa ao menos em duas de suas obras. Efetivamente, o alemão reconheceu a importância de diferenças regionais, e sua influência em sistemas funcionalmente diferenciados, como o da Economia ou da Educação. Isto, entretanto, representava para ele, paradoxalmente, a confirmação de que a sociedade mundial era um processo inexorável, e por isto, aquelas desigualdades seriam explicadas por diferenças de participação e reação ante àquele processo de diferenciação. Porquanto haveria crescente dependência dessas regiões diante de um sistema econômico global integrado, ao passo que quais certos aspectos dos modos de vida “tradicionais” seriam selecionados, não restariam mais sociedades autóctones, o que inviabilizaria a distinção moderno/tradicional.

Neste contexto, caberia ao Estado um papel um tanto quanto “instabilizador”, já que esse somente perpetuaria modelos de inclusão/exclusão, soluções isoladas para problemas

“mundiais” e neste sentido, incrementando a retirada do sistema de Direito grandes setores da população.

Para Luhmann (2007, p. 128), a explicação sociológica tradicional, de “estratificação” seria um equívoco, pois ocorreria aí um outro fenômeno, um “puro estado de transição da política de desenvolvimento”, que tenderia a criar maiores turbulências, inclusive por não conseguir corresponder à diferenciação funcional. Conquanto não seja específico em relação ao Brasil, o alemão mantém-se aferrado a sua ideia de um processo contínuo de diferenciação em uma sociedade mundial. Ainda que conclua de modo distinto, ele dá indicações de que acena aos argumentos de Neves:

[...] O abundante material disponível sugere a consequência de que a variável inclusão/exclusão em algumas regiões do globo terrestre está a ponto de tomar o papel de meta-diferença para mediatizar os códigos de sistemas funcionais [...] a distinção válido/inválido (juridicamente) [...] depende em primeiro lugar de uma filtração prévia de inclusão/exclusão [...] ²⁸. (LUHMANN, 2007, p. 501, tradução nossa)

[...] As particularidades regionais podem influir como impulso, mas também como obstáculo. Podem, por exemplo, fomentar uma diferenciação entre economia e política, sob a forma de lealdades familiares ou parecidas a famílias e, não por último, também na forma de relações econômicas que abaixam fronteiras[...]. No entanto, também é possível que impeçam a autonomia autopoietica de sistemas funcionais-típicamente do sistema jurídico [...]. ²⁹ (LUHMANN, 2007, p. 642, tradução nossa)

Entretanto, não houve uma adesão luhmanniana aos conceitos de alopoiese ou de autopoiese mitigadas, a partir de M. Neves ou G. Teubner. Na visão de Luhmann (2005, p. 549), é “concebível” o uso simbólico da Constituição em países em desenvolvimento, servindo para que a Política simule a sua limitação, dada a possível presença de problemas em um verdadeiro fechamento operacional.

²⁸Na tradução ao espanhol, de Nafarrate: “El abundante material disponible sugiere la consecuencia de que la variable inclusión/exclusión en algunas regiones del globo terrestre esté a punto de tomar el papel de meta-diferencia para mediatizar los códigos de los sistemas funcionales. Si la distinción válido/inválido (juridicamente) tiene consecuencia alguna y si se maneja de acuerdo con los programas internos del derecho, depende en primer lugar de una filtración previa de inclusión/exclusión; no sólo en el sentido de que los excluidos están también excluidos del derecho, sino en el sentido de que otros —especialmente la política, la burocracia, la policía y ni qué decir de los militares— decidan a discreción si obedecen o no la ley.”

²⁹ Em espanhol: “Las particularidades regionales pueden influir como impulso, pero también como obstáculo. Pueden, por ejemplo, fomentar una diferenciación entre economía y política, bajo la forma de lealtades familiares o parecidas a las familias y, no por último, también en la forma de relaciones económicas que rebasan fronteras, las cuales luego políticamente ya sólo se pueden entorpecer o destruir. Sin embargo, también es posible que impidan la autonomía autopoietica de sistemas funcionales —típicamente la del sistema jurídico.”

Com razão, Campilongo (2011, p. 168) lembra que, na visão de Luhmann (2005, p. 385), o consenso mínimo para a manutenção do sistema jurídico pode ser até fictício, muitas vezes traduzidos em “fórmulas de consenso”, como “aspirações morais do povo”, “sensibilidade dos homens mais justos”, “visão do homem médio”, entre outras. Daí porque não seria exigível uma integração total de todos os participantes do processo comunicativo – basta uma inclusão potencial.

Portanto, ainda que seja importante a questão da inclusão e exclusão, sendo este um problema dos sistemas funcionais da sociedade moderna, não é passível de eliminar a autopoiese de um sistema formado de comunicação. Luhmann (2013, p. 42-43) reconhece que há uma redução no processo comunicativo, mas ele existe. Assim, “há casos em que o acesso ao sistema jurídico não está completamente excluído, mas encontra-se dificultado ou restrito a alguns poucos tipos de casos [...]”, ou seja, pode-se ver a presença das operações jurídicas, ainda que em grau reduzido.

Em sentido similar, Villas Bôas Filho (2009, p. 351) pensa que a autopoiese é mantida, mas existiriam “problemas significativos” num sistema excludente como o brasileiro, pois a “a frustração sistemática das expectativas normativas as converte em expectativas cognitivas que são adaptativas aos fatos”. Assim, na prática, o Direito deixa de servir como guia de condutas, trazendo problema no primeiro grau das expectativas.

Pela maneira como Campilongo e Villas Bôas Filho concebem o arranjo do Direito brasileiro, os problemas do sistema de decisão jurídica iriam muito além da influência corruptora de outros sistemas sobre ele, cristalizado em crises institucional, estrutural e relativa aos procedimentos dos órgãos jurisdicionais. A primeira teria ligação com as relações entre os outros “Poderes Políticos” e o Judiciário, a segunda referente à baixa proporção de resposta dos órgãos de julgamento quanto aos processos que ali chegam e a terceira diria respeito a presença de formas e procedimentos que foram concebidos para outra época e outra dinâmica de conflitos sociais. Mais do que a corrupção como um estigma da “modernidade brasileira”, Villas Bôas Filho (2009, p. 394) pensa que o estudo deve ser focado nos “déficits de filtragem e formalização, que a periferia interna do sistema jurídico enfrenta ao lidar com a irritação proveniente do ambiente”.

Entrementes, convergem Marcelo Neves (2004, p. 163-168) e Villas Bôas Filho (2009, p. 394) na possibilidade de uma abordagem teórico-sistêmica no Direito brasileiro, porém com

limitações e uma visão francamente normativa, consoante destaca o primeiro, e adaptada à realidade, combinada com estudos empíricos, como enfatiza o segundo³⁰.

Efetivamente, perceber-se-ia a presença de ganhos analíticos, mas não caberia uma repetição acrítica, tendo em vista que os “déficits” de inclusão, que obrigariam a uma prática decisória universalista.

Cabe a este trabalho verificar, então, as possibilidades analíticas da Teoria dos Sistemas acerca dos problemas verificados nos Tribunais de Contas brasileiros, especialmente no que se refere às relações (e eventuais bloqueios) entre Direito e Política

Este trabalho intenta responder à perplexidade levantada com uma análise dos órgãos de controle, em especial, o Tribunal de Contas, sob a ótica da Teoria dos Sistemas. Aos problemas aludidos no capítulo anterior, como um Direito autônomo e diferenciado poderia responder? Haveria retornos que possam ser dados sem o auxílio do sistema político? Isto será alvo do próximo item deste trabalho.

4.3 ANÁLISE SISTÊMICA DOS TRIBUNAIS DE CONTAS E SEUS OBSTÁCULOS

Alguns pressupostos são essenciais para uma abordagem sistêmica acerca dos Tribunais de Contas e eles foram sendo tecidos ao longo de todo o trabalho. Para além das premissas inerentes à escolha da Teoria dos Sistemas, algumas dizem respeito às próprias Cortes de Contas. Assim, conforme já ficou estabelecido, a visão exposta nesta dissertação é de que, no sistema jurídico brasileiro, os Tribunais de Contas ocupam uma posição especial no contexto da chamada Separação de Poderes.

Trata-se de uma figura híbrida, que guarda traços de estrutura judicial quando julga processos de contas (e mesmo nos outros casos, quando parecem não exercer a Jurisdição em toda a plenitude), mas possui competências administrativas (p.ex.: a homologação de admissões, aposentadorias, etc.) e de assessoramento a estruturas do sistema político (elaborando auditorias e estudos, a pedido do Legislativo, mas também respondendo consultas ao Executivo).

Como se poderia enxergar os Tribunais de Contas na perspectiva sistêmica?

³⁰ O próprio Luhmann (2013, p. 43) não despreza a importância de estudos empíricos, apenas enfatiza que estes devem ser feitos sob um aparato conceitual consistente.

De logo, percebe-se quão complexa é a institucionalização destes órgãos nos sistemas jurídico e político brasileiros. A nosso ver, em termos de Teoria dos Sistemas, os Tribunais são estruturas de organização que se encontram parcialmente no centro e na periferia do sistema jurídico. Já no sistema político, atuam também no centro, mas exercendo papéis secundários, com participação acessória, seja como órgão de chancela, consulta, suporte ou fiscalização.

Dada esta peculiaridade e mobilidade em sua “posição” nestes sistemas sociais, os Tribunais de Contas resultam esfinges a ser desvendadas e, como órgãos similares são estruturados diferentemente em outros ordenamentos jurídicos³¹, o caso brasileiro tem de ser visto com lentes mais detidas, inclusive no que tange aos obstáculos percebidos como entraves à atuação dos órgãos no Brasil.

Do ponto de vista da divisão de funções do Estado, que no Direito brasileiro é concretizada no art. 2º da Constituição, quando estabelece Executivo, Legislativo e Judiciário como “poderes harmônicos e independentes entre si”. Já se tratou aqui da dissonância acerca da localização dos Tribunais de Contas neste contexto. A formação do Estado moderno pela via constitucional, ou seja, por um acoplamento entre os sistemas político e jurídico, deu ensejo a um sistema político em que os poderes administrativos e legislativo-fiscalizador detinham protagonismo, enquanto o Judiciário atuava como garante das atribuições de cada lado. Como Campilongo (2011C, p. 28) enuncia:

Quer na modelagem jurídica do Estado liberal, quer na modelagem jurídica do Estado social, o Legislativo e, depois, o Executivo exerceram um papel central e, na prática, hierarquicamente superior àquele assumido pelo Judiciário no interior do sistema político. Dito de outro modo: o Estado nacional e sua legislação, durante muito tempo, foram os protagonistas de um processo político que dependia de um Judiciário que operasse com categorias cerradas e, em contrapartida, detivesse o monopólio das funções judicantes [...].

É possível falar, portanto, numa constante modificação dos papéis de cada órgão e dos Poderes e funções a ele relacionados, se tomada a observação de uma perspectiva interna ao sistema jurídico. Vê-se que em cada Constituição do Brasil, houve modificações de competências e mesmo do desenho institucional dos órgãos – vide o caso do Ministério Público no ordenamento anterior e posterior a 1988.

As circunstâncias não são diferentes com os Tribunais de Contas, pois estes usualmente eram identificados como órgão de assessoramento do Legislativo – e até hoje há resquícios desta

³¹ Jacoby Fernandes (2012, p. 163) informa que há entidades de controle financeiro vinculadas ao Legislativo e ao Judiciário (chamados Tribunais de Contas, em ambos os casos) e órgãos com funções similares, chamados controladorias, vinculados ao Legislativo ou independentes – e até ao Executivo.

posição, seja na doutrina, seja em órgãos institucionais. De todo modo, a despeito de haver certa estabilidade “topográfica” na história das Constituições brasileiras no que toca à posição dos Tribunais no Capítulo do Poder Legislativo³², Jacoby Fernandes (2012, p. 166) trata de comentários de Rui Barbosa e Pontes de Miranda em que já se falava de Tribunal de Contas como “corpo de magistratura intermediária à administração e à legislatura [...]”, no caso do primeiro ou mesmo de “órgão do Poder Judiciário, sui generis, órgão, também sui generis, do Poder Legislativo”.

Nesta referência do clássico professor alagoano, já se impõe a posição aqui adotada: em alguns casos, o Tribunal de Contas atua em função jurisdicional – e como esta é identificada com o Judiciário- é como se ali Tribunais de Contas exercessem a função precípua daquele Poder. Isto não significa, como já dito, que estes órgãos sempre atuarão sob a ótica judicial, pois aqui não se nega que há atribuições e decisões não jurídicas entre aquelas exaradas pela Corte.

A partir dos pressupostos luhmannianos, dizer que os Tribunais de Contas atuam como Tribunais no sistema jurídico é dizer que eles são estruturas que colaboram com “a generalização das expectativas congruentes”, a partir do que decidem, pois são as estruturas de operação que, efetivamente, possibilitam a comunicação do sistema jurídico. Em termos gerais, Nafarrate (2009, p. 264) acompanha Luhmann, sem um entendimento psicológico a partir da vontade ou da consciência de alguém, na definição de que a decisão é uma operação que se realiza na sociedade e, como tal, apresenta-se como comunicação.

Com Simioni (2014, p. 709), pode-se vislumbrar a decisão jurídica como “[...] uma operação de observação, realizada sob um âmbito especial de comunicação da sociedade – o sistema jurídico– e sob o paradoxo de estar sempre referida, simultaneamente, à rede de decisões jurídicas anteriormente realizadas e ao ambiente do sistema de direito”.

Ora, se estes são os traços gerais de uma decisão jurídica, é possível afirmar que, sim, os Tribunais participam do sistema jurídico como estruturas de decisão, em especial nas hipóteses em que elencamos no capítulo anterior, das prestações de contas de gestão, quando eles atuam como o que consideramos órgão jurisdicional (e que boa parte da doutrina fala como “quase-jurisdicional”). É plenamente possível encaixar os Tribunais de Contas no conceito luhmanniano de “organização”, que é a de um sistema de decisão fechado operativamente e

³² Somente a Constituição de 1937 tratou dos Tribunais de Contas no âmbito do Poder Judiciário, ao passo que a de 1891 falava do órgão nas Disposições Gerais.V. Jacoby Fernandes (2012, p. 171).

que, no caso específico, ao executar novas decisões as interpreta como novas, numa estrutura referenciada (NAFARRATE, 2009, p. 267).

Pois mesmo que não se considere os Tribunais de Contas como Tribunais jurídicos da mesma forma como se faz com órgãos do Poder Judiciário, ainda poder-se-ia falar em sua atuação como estruturas do sistema jurídico, sob os esquemas da teoria dos sistemas. Segundo Simioni (2014, p. 713), uma decisão jurídica não significa tão somente uma decisão tomada por juízes ou nas chamadas “instituições legais”, mas “[...] todas aquelas que são decididas a partir do código da diferença entre direito e não direito, independentemente do lugar onde elas acontecem”.

Os sistemas não predominam uns sobre os outros e produzem sentido simultaneamente e desempenham funções específicas para a sociedade e prestações para os outros sistemas³³ - e por isto, uma organização pode passar de um sistema para outro, construindo sentido de uma maneira, sob o código jurídico e de outra, sob o código político, e.g. (SIMIONI, 2013, p. 713).

É bem verdade que a especialização funcional tende a dar incentivos à formação de estruturas próprias para cada sistema, o que pode facilitar a auto-composição do sistema por meio da autopoiese, que demanda o fechamento das operações e a abertura cognitiva. Estas estruturas são responsáveis pela “atualização de sentido das operações do sistema”, e é por meio dessas que o sistema impõe-se diante da complexidade do ambiente. Não é à toa que Nafarrate (2009, p. 272), nesta perspectiva, que a responsabilidade da função em determinado sistema deve estar concentrada em alguma organização³⁴.

Embora seja intrínseco à diferenciação funcional dos sistemas o desenvolvimento de “estruturas de atualização” próprias – até porque isto permite um maior fechamento e maior consistência de decisões quanto ao código, é possível que eo código seja utilizado em diversas alturas. Assim, não há um impeditivo para a existência de uma estrutura dúplice como a do Tribunal de Contas.

Dito de outra forma, como Simioni (2014, p. 715) traz:

[...] as decisões jurídicas estão em todas as decisões que usam o direito como sistema de referência, quer dizer, em todas as decisões que decidem algo com base na diferença entre estar em conformidade com o direito ou não estar em conformidade com o direito.

³³ V. item 2.2 desta Dissertação.

³⁴ A referência explícita do texto é ao sistema político, mas é uma característica generalizável a todos os sistemas sociais.

Portanto, quando os Tribunais de Contas atuam em julgamento de processos de contas ou de fiscalização (Denúncias ou Termos de Ocorrência, Auditorias, etc.), exercem a função de estabelecer comunicações jurídicas, nas quais emitem juízo sobre a correção ou não acerca de uma ou várias condutas, num estado de incerteza (pois antes da decisão, sempre é possível chegar ao caminho do lícito ou do ilícito – somente é a decisão que vai constituir efetivamente a correção ou não do ato).

Essas comunicações se encaixam perfeitamente sob a noção de decisão jurídica para a teoria sistêmica, que a de “uma decisão que decide entre o direito e o não direito de uma situação social, segundo os programas do sistema jurídico, em condições de incerteza” (SIMIONI, 2014, p. 719), o que implica realizar a função do Direito, a “tarefa” de “[...] garantir e manter expectativas quanto aos interesses tutelados pelo direito e oferecer respostas, claras e justificadas, no caso de conflito. Ora, há sempre um conflito latente quando o Tribunal de Contas decide pela regularidade ou não da conduta de um gestor.

Em boa parte dos casos, a autorização para sua atuação está na própria necessidade: o Tribunal pode decidir porque tem a competência e foi acionado para tal. Em outros, no caso das contas e de procedimentos que se impulsionam por seus órgãos internos, o Tribunal extrai sua legitimidade de decisões políticas prévias (insculpidas nos textos normativos) e posteriores (no caso das contas de governo, com a votação das Casas Legislativas sobre o parecer da Corte).

As decisões em processos de contas são operações de comunicação que fazem menção ao código lícito/ilícito, ainda que muitas vezes pareçam inscritas numa linguagem técnico-contábil específica. Esta não afasta, ao contrário, confirma a presença do código jurídico, pois as obrigações escriturárias e contábeis dadas aos gestores públicos advém da imposição conferida pelas próprias estruturas e pelo programa condicional do Direito – é a partir da abertura cognitiva do Direito que certas formalidades e exigências são inscritas, mas sempre no código lícito/ilícito, como evidenciam certos diplomas legislativos como a Lei nº 4320/64, a Lei Complementar nº 101/00 ou quaisquer Leis Orçamentárias.

No Brasil, um Tribunal de Contas, nos limites de sua competência, atribui os valores do direito e não direito a uma série de condutas, por meio de suas decisões – e estas operações estão condicionadas sob o programa e código jurídicos.

Simioni (2014, p. 718-724) identifica alguns feitos da decisão jurídica: (i) sua existência diante da necessidade de escolha entre alternativas possíveis (cenário de incerteza), que cria variabilidade no sistema jurídico – e mesmo uma decisão que confirma precedentes

atua neste sentido, pois inova ao não criar uma diferença que é sempre possível, dado o caráter contingente intrínseco à positividade do direito; (ii) sua decisão entre possibilidades jurídicas de decisão, sempre com referência à sua identidade jurídica, por meio do código do Direito. Em que circunstância poder-se-ia negar tais circunstâncias às decisões dos Tribunais de Contas?

Aliás, um outro aspecto que chama a atenção e concretiza a percepção dos Tribunais como estruturas do sistema jurídico é a indeclinabilidade que os órgãos possuem diante dos casos. Ora, sabe-se que um órgão eminentemente político, age sob o código “poder/oposição”, e tem suas operações tendo em vista a funcionalidade de “vincular posições coletivas”, no qual há sempre a opção da inação como método: pode-se escolher não atuar e assim, postergar, a vinculação de todos que estejam ali inseridos. No caso do Tribunais de Contas, quando julgam Denúncias ou Representações e Processos de Contas, não é dada esta opção. Ao Tribunal é indeclinável decidir pelo julgamento da questão, proferindo decisão ao fim, que, se não encerra de todo a questão, só poderá ser revisada sob a égide do código jurídico. Neste sentido, as decisões são fechadas, pois referem-se a operações sob a dualidade lícito/ilícito e somente outra decisão jurídica pode retirá-la do sistema. A exceção ocorre no caso da Prestação de Contas de Governo, que são apreciadas por um órgão político – e neste aspecto, pode-se falar numa atuação secundária, conquanto próxima ao centro, dos Tribunais no sistema político.

Desta maneira, numa boa parte de sua atuação, há verdadeira “indeclinabilidade da jurisdição” dos Tribunais de Contas, caractere fundamental ao fechamento da operação jurídica.

Dizer que os Tribunais de Contas exercem uma função inerente ao sistema jurídico não significa, porém, ignorar as relações existentes entre o Direito e a Política – ao contrário, é preciso destaca-las e órgão da natureza dessas Cortes são muito úteis ao deslinde daquela relação, dada a sua atuação ora em um sistema, ora em outro – e muitas vezes na zona fronteira que há entre eles.

Na visão da teoria dos sistemas autopoieticos, está claro que o fechamento operacional não significa um isolamento completo: ao contrário, paradoxalmente, é este fechamento que permite a reprodução do sistema, mas sempre alimentado pelas irritações do ambiente – que é formado, inclusive, por outros subsistemas sociais.

Veja-se o caso do Direito – ele não somente relaciona-se com a Política, como depende, em última instância de uma relação com aquela, seja para lhe conferir a legitimidade última de suas operações (que é dada pelo acoplamento estrutural entre os sistemas, a Constituição e pelo modo de introdução dos textos normativos), seja para efetivar suas decisões. Da mesma forma,

a Política extrai sua legitimidade a partir da juridicidade de seus procedimentos e o escrutínio constante do sistema jurídico sobre as operações políticas é forma de garantia do próprio sistema político: os conflitos não ultrapassarão certo limite – a violência ou a influência de operações sob o código econômico passam a ser afastadas ou controladas³⁵.

Neste sentido, Campilongo (2011C, p. 94) explica:

Primeiro, no plano das premissas decisórias, o sistema político controla a introdução de leis no sistema jurídico. Ainda nesse plano, sistema jurídico recebe essas premissas (leis), que são fundamentais para a legitimação de seu agir e, por outro lado, implementa judicialmente os programas fixados pelo sistema político. Noutra nível, isto é, no plano das decisões jurídicas 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.

Este é um modelo de “trocas de prestação” entre um sistema e outro, no qual o sistema político detém o comando da vinculação acerca das condições de independência dos Tribunais. Neste sentido, talvez a própria “instabilidade” posicional dos órgãos de controle, em especial, o Tribunal de Contas, indique certa insegurança do sistema político em reforçar a autonomia e independência.

Nesta circunstância, falar em posição dos Tribunais de Contas no sistema jurídico equivaleria a falar do estado geral dos Tribunais, que é o centro, ao passo que a periferia seria ocupada pela legislação. Na visão luhmanniana, ao contrário da concepção tradicional, não é o instrumento legislativo o suporte por excelência da comunicação jurídica. Para ele, a forma da distinção Tribunais/Legislação é a “armação estrutural para o processamento de questões jurídicas” (LUHMANN, 1990, p. 156), o que se consolida com a positivação do Direito.

A rigor, a positividade jurídica seria concretizada por meio da decisão, tendo em vista que essa é a característica fundamental do Direito na modernidade: é o que garante seu fechamento operacional, e por tabela, sua autopoiese.

Vem deste pressuposto a concepção que inverte a noção comum de que os julgadores estão sujeitos à lei. Paradoxalmente, é como se a legislação conformasse a atuação do julgador, mas até por isto (e pelo *non liquet*), há um espaço inexcedível para a liberdade daquele que decide – não é como se os Tribunais importassem mais do que a Legislação³⁶, mas que ganham

³⁵ V. item 2.3.

³⁶ Afinal, uma forma é um conceito de dois lados, e um não sobrevive sem o outro.

destaque por encetarem a comunicação jurídica³⁷ - esta é a sua condição singular, não equiparada por nenhum outro órgão.

Se é verdade que é possível “a transformação constante da situação de vigência” a partir da legislação, esta não é o único elemento da formação da decisão jurídica, tendo em vista que no processo também entra a própria jurisprudência e a composição da interpretação pelos julgadores, dada a necessidade de especificar o comando jurídico para o caso.

Assim, Luhmann (1990, p. 165) conclui que a “legislação desempenha mais a função de um órgão periférico, de um ponto fronteiro na relação entre o sistema jurídico e o sistema político”, cabendo-lhe realizar a acomodação da irritação do sistema jurídico, por meio de regras de validade geral.

Quando se fala em Tribunais de Contas atuando como órgãos de julgamento de contas (ou mesmo em processos fiscalizatórios de que podem decorrer a imputação de sanções diversas, inclusive restritivas de direitos), jamais se pode falar em mera vinculação coletiva jurídica – até porque há certa dificuldade na implementação³⁸ de suas decisões. Ora, os Tribunais atuam como órgãos emissores de comunicação jurídica, realizando a função do Direito, em alusão ao código jurídico numa constante religação com outras decisões de mesmo jaez e com o intuito de estabilizar as expectativas, dizendo a respeito da regularidade ou não de uma conduta.

Por outro lado, percebe-se que o papel dos Tribunais de Contas vai um pouco além, visto que se constituem como organizações também do sistema político. Nos termos de Luhmann, também o sistema político não pode ser visto hierarquicamente, mas suas organizações, sim. A organização do Estado, portanto, pode ser vista³⁹ no centro do sistema político, pois é esta que se encarrega primariamente da função do sistema político, “a capacidade de tomar decisões que vinculam coletivamente” (NAFARRATE, 2009, p. 272). Segundo Luhmann, esta observação interna do Estado encontra-se no terceiro nível de

³⁷ E assim que eles devem “[...] interpretar, construir, e, se for o caso, ‘distinguir’ os casos (como se diz no Common Law), para que possam formular novas regras de decisão e testá-las quanto à sua consistência frente ao Direito vigente” (LUHMANN, 1990, p. 163).

³⁸ V. item 3.3.3.

³⁹ Ao menos, esta é a realidade desde a formação do Estado Constitucional. Essa estaria em vias de alteração, pois uma considerável expansão da comunicação entre política, administração e público e a maior diferenciação entre esses subsistemas teria levado à criação de “um sistema sem centro, um sistema com elevada auto-orientação, mas sem orientação central, que já não é compreensível recorrendo a antigas categorias da tradição política centradas no poder”, cf. Nafarrate (2009, p. 295).

observação, pois o primeiro seria o da diferenciação sistema-sociedade, e o segundo na delimitação territorial dos Estados.

Se o Estado é a organização central, há uma série de organizações na periferia do sistema político, como os partidos políticos, os agrupamentos que praticam defesa de interesses, corporativos, empresariais ou de categorias – todas relacionadas à esfera de decisão que busca vincular a todos, sob o código governo/oposição (poder/não poder).

Há muitos que falam no papel “político” do Tribunal de Contas, ou ainda, na presença e influência extrema da Política nos julgamentos. No juízo deste trabalho, não é possível afirmar que as alegações referentes a isto procedam, ao menos, não em termos de teoria dos sistemas. Claro que não se nega a inevitável influência do sistema político, tendo em vista a própria armação dos acoplamentos estruturais, mas parece haver falta de rigor em definir os marcos e circunstâncias em que isto ocorre.

A rigor, reconhece-se, sim, que os Tribunais de Contas atuem no plano secundário do centro do sistema político. Isto ocorre no julgamento de contas de governo, quando a decisão do Tribunal pela aprovação ou rejeição de contas não significa, em si, a deliberação acerca do *status* jurídico do gestor e de sua responsabilização pelas contas. Uma vez que existe a etapa posterior⁴⁰, na qual o órgão legislativo delibera acerca das contas, emitindo um juízo, desta feita, definitivo a seu respeito, a manifestação das Cortes de Contas já funciona como uma prévia orientação a uma decisão eminentemente política⁴¹.

Da mesma forma, então, quando um gestor faz uma consulta⁴² ao Tribunal de Contas, ainda que este decida com base num código jurídico, recomendando que a Administração proceda num ou noutro sentido, ali não se instaura um caso de comunicação jurídica. Isto porque o código direito/não direito ali não é vinculante ao ato de decisão política e a resposta da Corte de Contas serve de auxílio e orientação àquela decisão política que, esta

⁴⁰ Arts. 31, §2º e 49, IX, 84, XXIV da Constituição Federal e Arts. 63 e 71, IX da Constituição do Estado da Bahia.

⁴¹ Nos termos observados no capítulo anterior, conquanto se tome o caso das contas dos gestores municipais como função jurisdicional, em que há necessidade de quórum qualificado da Câmara Municipal para “derrubar” o Parecer Prévio das Cortes de Contas, teríamos aí um caso explícito de decisão política dos Tribunais de Contas, ainda que uma decisão orientada pelo código jurídico.

⁴² Lei nº 8443/92: Art. 1º Ao Tribunal de Contas da União, órgão de controle externo, compete, nos termos da Constituição Federal e na forma estabelecida nesta Lei: [...] XVII - decidir sobre consulta que lhe seja formulada por autoridade competente, a respeito de dúvida suscitada na aplicação de dispositivos legais e regulamentares concernentes a matéria de sua competência, na forma estabelecida no Regimento Interno. Regimento Interno, TCU: Art. 264. O Plenário decidirá sobre consultas quanto a dúvida suscitada na aplicação de dispositivos legais e regulamentares concernentes à matéria de sua competência, que lhe forem formuladas pelas seguintes autoridades: [...] § 3º A resposta à consulta a que se refere este artigo tem caráter normativo e constitui prejulgamento da tese, mas não do fato ou caso concreto

sim, terá o caráter vinculante. Isto também ocorre no cálculo do coeficiente dos Fundos de Participação de Estados e Municípios, p.ex., por força do parágrafo único do art. 161 da Constituição Federal.

Como já afirmado, desde o advento da Constituição como fundamento da política democrática e da ordem jurídica, num acoplamento estrutural entre os sistemas, não é concebível uma Política que não respeite o código do Direito – pois é este que funciona para assegurar sua estabilidade, sem que seja lançado mão de recursos como o do terror, simbólico ou efetivo, de golpes de estado, da corrupção como um meio inerente a atividade política, etc. O código da Política é o poder, mas este deve ser legitimado pelo Direito. Esta é a razão por que Marcelo Neves (2008, p. 89) fala no esquema binário “lícito/ilícito” como código secundário do sistema político.

Assim, embora estejam no centro, pois são instituições que integram a organização do Estado, os Tribunais de Contas neste caso auxiliam de forma auxiliar à decisão política, são estruturas complementares. O mesmo se passa quando realizam auditorias, relatórios ou atividades de fiscalização por requerimento do Poder Legislativo. A decisão política será tomada pelas instâncias parlamentares, já o Tribunal de Contas exercerá uma função (qualificada, embora secundária) de dizer a respeito dos fatos, sob orientação do código do Direito, mas deixando ao abrigo da Política a decisão.

Um caso ainda mais difícil de verificar seria o da homologação⁴³ de registros de admissão, aposentadorias, pensões, etc. Aí, há uma análise final de legalidade acerca de atos administrativos que tratem de registros diversos a respeito dos servidores públicos que integram a Administração. Neste caso, há uma operação de legalidade (sob os códigos lícito/ilícito) posterior ao ato administrativo e poder-se-ia falar novamente em uma decisão jurídica (de cariz gerencial-administrativo, pois sua valia é quase exclusiva para o Poder Público e o respectivo servidor)

Mas o que dizer da atuação dos Tribunais de Contas, em linhas gerais, no combate à corrupção e à improbidade administrativa?

⁴³ Art. 1º, V- [...] apreciar, para fins de registro, na forma estabelecida no Regimento Interno, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo poder público federal, excetuadas as nomeações para cargo de provimento em comissão, bem como a das concessões de aposentadorias, reformas e pensões, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório;

Como dito, a corrupção sob a perspectiva luhmanniana, é um fenômeno de amplas tintas, em que há um bloqueio à reprodução das operações de um certo sistema no devido código, ocorrendo reprodução por meio do código de outro sistema. Este outro sistema pode ser desde o familiar até o educacional, mas também o político e o econômico, no caso do sistema jurídico.

É indisputável a importância dos Tribunais nesta espécie de controle, embora eles mesmos, como estruturas, estejam sujeitos ao bloqueio/corrupção. O próprio Luhmann reconheceu em suas lições, transcritas e adaptadas por Nafarrate (2009, p. 296) que haveria estruturas típicas do aumento de complexidade do sistema político, num contexto em que este vem tornando-se acêntrico, com maior predominância de poderes informais (contrapoderes): são as estruturas de “controle do controle”.

Entretanto, a teoria sistêmica põe um balde de água fria em pretensões corretivas muito amplas. Ainda que a possibilidade punitiva seja um ponto primordial na atuação das Cortes, resta claro que não são estas estruturas de organização (e o mesmo ceticismo recai sobre a atuação do Judiciário, para ficar no órgão de controle por excelência) que são aptas a “resolver” a questão da corrupção.

No entanto, é forçoso cortar o entusiasmo quando se fala em debelar o problema como um todo. Na visão sistêmica, as causas da corrupção podem ser imunizadas, mas não há garantias de uma eliminação – e neste sentido, afastam-se pretensões moralistas de correção universal. Deve-se verificar em que sentido e por que o código de um subsistema está se reproduzindo em outro e tentar retirar as razões do bloqueio – o que pode ser institucional, mas não necessariamente passível de ser resolvido pela via normativa.

Assim, é claro que quando o Tribunal de Contas estende o âmbito de restrição do art. 9º, III, da Lei de Licitações para além dos servidores ou dirigentes do órgão público e alcançam seus parentes, tenta-se retirar bloqueios a partir do sistema afetivo no jurídico. Mas não se resolve toda e qualquer influência desta espécie. Poderá haver problemas em licitações – p.ex., relações cruzadas entre o procurador da pessoa jurídica contratada e o gestor público, ou mesmo de um sócio daquela pessoa jurídica que não atue como procurador naquele caso, mas possa exercer algum tipo de influência numa contratação direta. Novas restrições podem ser alcançadas, mas o problema dos bloqueios persistirá, porque é inevitável o acirramento entre sistemas que se comunicam.

Como já dito, a Teoria Sistêmica entende, paradoxalmente, que é preciso reduzir a complexidade para apreendê-la e para que os sistemas exerçam sua função *para* a sociedade, mas que o resultado disto, ainda que gere operações eficientes para uma certa complexidade, resulta no aumento das possibilidades de relações, na “complexificação” do sistema. É com isto em mente que se deve analisar as críticas à atuação e estrutura dos Tribunais de Contas arroladas no capítulo anterior – não para ignorá-las, mas para compreendê-las melhor e buscar alguma forma de superação.

Partindo de um marco teórico distinto, Álvaro Miranda (2013, p. 124) pensa que os problemas identificados nas Cortes de Contas são verdadeiros impasses institucionais, o que significa “[...] uma situação de difícil solução ou uma impossibilidade de saída razoável ou positiva para a resolução de determinado problema”, o que, na hipótese concreta dos Tribunais de Contas, são dificuldades políticas e históricas, mais do que problemas internos ou “impossibilidades factuais e técnicas” dos órgãos.

Essencialmente, as críticas à atuação de Tribunais de Contas podem ser concentradas nos seguintes tópicos, que serão analisados, um a um, sob a visão da teoria sistêmica:

- a) As decisões sofreriam grave problema de “executabilidade”, tendo em vista as dificuldades para implementação das mesmas e a possibilidade de seu cumprimento efetivo. A isto aliar-se-ia decisões judiciais que sustentam pela possibilidade de ampla revisão dos julgados, inclusive quanto ao mérito, o que reduziria a confiança e o vigor das decisões das Cortes de Contas;

O problema da implementação das decisões dos Tribunais de Contas é um tema recorrente no diagnóstico a respeito destes órgãos no Estado brasileiro. Bruno W. Speck (2000A, p. 175-177) defende que as instituições podem exercer seu respectivo poder, i.e., têm a capacidade de implantar as consequências de suas decisões, por conta própria ou por meio de “transmissores”. Os Tribunais de Contas têm grandes poderes quanto à edição de diretrizes normativas e à regulação dos procedimentos de imputação de multa e processamento de contas, o que significa uma grande liberdade para a delimitação de prazos, de sua estrutura de processamento, como serão recebidos os documentos demandados da Administração e quais são os setores competentes para exercer diversas funções – há de se ressaltar, neste ponto, o grande destaque se confere à Resoluções e ao Regimento Interno destas Cortes.

De outro lado, quanto à execução em si de suas decisões, já não há tantos poderes. Álvaro Miranda (2013, p. 170) resume o caso da seguinte forma:

Os tribunais de contas não podem executar seus julgamentos [...]. Em decorrência do seu desenho institucional inserido na estrutura maior do aparato estatal e do sistema político, apenas um pequeno montante de recursos desviados retorna aos cofres públicos após as auditorias do órgão de controle externo.

Uma vez certificada a imputação de multa ou ressarcimento, p.ex., os Tribunais só participam de forma residual da fase executória – e deve-se levar em conta a motivação a isto pela própria incerteza a respeito de qual a função dos Tribunais de Contas, se jurisdicional ou quase-administrativa (e em que implicaria se o ordenamento levasse esta consequência institucional a sério). Não havendo execução administrativa no Direito brasileiro e não gozando as Cortes das prerrogativas totais da jurisdição, só resta aos Tribunais de Contas remeter as informações ao Executivo correspondente, para que esta execute os condenados a pagamento, por meio de sua procuradoria respectiva (AGU ou Procuradoria Estadual ou Municipal).

Da mesma maneira, em relação à restrição de direitos de elegibilidade, cuja competência é da Justiça Eleitoral, a partir de notificação da Corte de Contas ou daqueles legitimados, no âmbito do processo de registro de candidatura ou de impugnação de mandato. Por outro lado, a determinação de inabilitação para o exercício de funções de confiança ou cargos em comissão está nos poderes intrínsecos desses Tribunais de Contas, embora, é verdade, o afastamento esteja condicionado a novas decisões, que imputariam multa e até rejeição de contas ao gestor que não cumpriu a ordem de afastamento.

Mariana Willeman (2013, p. 85) sintetiza estado atual da questão, do modo que segue:

Outro importante aspecto a ser enfrentado em prol da vocação dos Tribunais de Contas para a conformação de um sistema de integridade repousa sobre a efetividade do controle, que pressupõe a busca por instrumentos próprios de execução das suas decisões, a uniformização do devido processo legal a ser observado nos temas submetidos à sua apreciação, bem como a delimitação de uma esfera de competência para julgamento de contas que apenas em situações excepcionais poderia ser revista pelo Poder Judiciário (autocontenção judicial no que tange à revisão das decisões dos Tribunais de Contas em matéria de julgamento de contas).

De tudo, pode-se extrair que o problema da execução dos Tribunais de Contas vai além daquele ponto nodal identificado pela teoria dos sistemas para a execução de decisões do Judiciário. Luhmann (2005, p. 207-208) fala da dependência mútua presente nas relações entre o Direito e a Política, na proporção em que o primeiro depende da segunda para sua aplicação e é desta perspectiva de imposição que se pode chegar à estabilidade normativa. Tal acoplamento é necessário para que a função jurídica de preservação das expectativas normativas seja mantida, pois caso o Direito fosse sempre o responsável pela imposição de suas decisões,

transformar-se-ia numa rede essencialmente fática, em que a normatividade resultaria vã (LUHMANN, 2005, p. 209-211).

O diferencial da função do Direito é a manutenção de expectativas, mesmo quando há frustração delas- i.e., o Direito garante que aquela expectativa de cumprimento da norma jurídica, uma vez violada, seja preservada, por meio de seu programa e decisão – como isto será efetivamente implementado, passa à atuação da Política, por meio da Administração (e é preciso ressaltar que tanto os órgãos de segurança, como as Políticas, quanto os mecanismos de coação, sejam físicos ou financeiros, são mediados pelo código do sistema político e por sua função de vinculação coletiva das decisões).

Vê-se que, no caso dos Tribunais, o tópico nevrálgico está no acoplamento entre Direito e Política, mas com uma delimitação mais clara de funções, em que os impedimentos estão ligados a dificuldades da própria Política em criar e delimitar seus mecanismos de imposição. Por outro lado, em relação aos Tribunais de Contas contam com maiores dificuldades até para a identificação de que modo poder-se-ia chegar a procedimentos de maior eficácia na implementação do decidido. Isto não pode significar total descrença, claro.

Quando se verifica que boa parte das penas pecuniárias impostas pelos Tribunais de Contas não são nem sequer cobradas (Speck, 2000A, p. 184; 2012; Miranda⁴⁴, 2013, p. 181) vê-se que a atual solução institucional não alcança resultados minimamente desejáveis.

A verdade é que assiste razão à Luiz Bernardo Dias Costa (2005, p. 114) quando entende que há serias dificuldades na delegação da execução de multa ao órgão de procuradoria da pessoa jurídica a que se integra o Tribunal (ele fala especialmente no caso do TCU e AGU) pois haveria uma série de demandas prioritárias na defesa da Administração e do Governo Federal, sendo a cobrança das decisões do TCU relegada ao segundo plano. Já Álvaro Miranda (2013, p. 175) critica a solução normativa hoje empregada para os ressarcimentos, pois cabe à pessoa jurídica que muitas vezes é gerida pelo próprio condenado a proceder à cobrança, o que enseja inviabilidade da concretização do decidido. Neste aspecto, identifica-se claro bloqueio sistêmico, pois o órgão responsável pela execução de multas e ressarcimentos é diretamente submetido⁴⁵ ao órgão Executivo, que sofre fiscalização da Corte.

⁴⁴ Nesta tese, há uma boa tabela, elaborada pelo autor, em que se mostra a discrepância entre a quantia a que são condenados os gestores e as quantias efetivamente pagas.

⁴⁵ O chefe da Advocacia-Geral da União conta com status de ministro, aliás, pelo menos desde a edição da Lei nº 10.683/03.

Sem moralizar ou individualizar o problema, colocando pecha em eventuais ocupantes dos cargos respectivos, está claro que a possibilidade de choques de interesses é grande demais para ser ignorada. Por isto, alguma modificação é necessária, até para que se garanta maior força às decisões do órgão de controle externo. Como observa A. Miranda (2013, p. 175), ainda que se pudesse considerar excesso de poderes a executabilidade das decisões das Cortes, há de se criticar a “[...] falta de poder para a corte de contas executar judicialmente suas decisões ou de forma autônoma, direta, mediante procedimentos próprios”.

Assim, para destrancar o bloqueio, a solução possível e tradicional seria a criação de um órgão de representação jurídica específico para os Tribunais de Contas, não necessariamente personalizando-as juridicamente, mas dotando-as de capacidade postulatória em juízo para que realizem as providências hoje cabíveis às procuradorias⁴⁶.

Outra possibilidade seria desenvolver um setor de imposição de decisões no âmbito dos próprios Tribunais, de maneira que a cobrança ocorra no próprio Tribunal- e este caminho denota uma opção institucional para que os Tribunais de Contas efetivamente se tornem órgãos jurisdicionais, embora não judiciais. Esta proposta, porém, guardaria problemas no ganho de complexidade e incremento da estrutura burocrática das Cortes. Vê-se, portanto, que esta situação, típica de bloqueio sistêmico, deve ser modificada, para que se dê maior credibilidade às decisões das Cortes de Contas.

Em relação à “transmissão” para a Justiça Eleitoral, parece haver um problema não necessariamente de efetividade, mas de falta de diálogo entre órgãos de um mesmo sistema. A Justiça Eleitoral é o órgão, por excelência do sistema jurídico quando se trata de matérias relevantes à organização das eleições e nada há de se objetar que siga neste papel.

Por outro lado, os Tribunais de Contas são os órgãos especializados na avaliação das contas de governo, inclusive manifestando-se muitas vezes a respeito de certas condutas como ímprobas: embora não intervenham diretamente, comunicam aos Ministérios Públicos e órgãos de controle para que adotem devidas medidas. No caso das decisões que reprovam as contas, em razão de atos dolosos de improbidade, há um típico caso de “dupla decisão”, em que os

46 Houve uma PEC nº 25/2009, de autoria da Sen. Mariza Serrano, que propunha a alteração do art. 71, §3º, da Constituição Federal, para que constasse o seguinte texto: “[...] o Tribunal de Contas da União é legitimado ativo, como substituto processual, nas ações de execução fundadas em decisões de que trata o parágrafo 3º [...]”. Contudo, sem a designação de relator desde 2011, restou arquivada ao fim da última legislatura completa, em 2014.

Tribunais de Contas ora falam, sobre o quê, após, nova decisão do Tribunal Eleitoral trata, muitas vezes ignorando completamente as razões da Corte de Contas.

Na hipótese, esta confusão de competências, alimentada pelo texto legal, há de ser resolvida – e se é o caso de preservar a competência da Justiça Eleitoral para tratar do assunto, parece ser preciso delimitar qual o papel da Corte de Contas – se tem de delimitar o eventual ato que ensejou a rejeição de contas e qualifica-lo como de improbidade, sobre o que seria necessária a apreciação do Juízo Eleitoral ou, se, bastaria identifica-lo de forma simples (“as contas foram rejeitas pelos atos X, Y e W”), cabendo a qualificação de todo ao Judiciário. Conquanto ambas sejam soluções formalmente cabíveis no sistema jurídico, a primeira conferiria maior segurança e respeito à fundamentação dos atos decisórios, bem como o reconhecimento das Cortes de Contas como instâncias julgadoras, o que fortaleceria seu papel como órgãos de controle e combate aos desvios na Administração Pública.

A questão da implementação de decisões torna-se problemática, porquanto aos Tribunais de Contas resta pouco, em caso de descumprimento: novos processos para que se imputem mais multas ou rejeição de contas, para aqueles que possam ser atingidos por tais consequências. Está correto Álvaro Miranda (2013, p. 193), quando pensa nas sequelas advindas deste ciclo vicioso, sejam as efetivas (a inexistência de correção e punição de irregularidades), como aquelas no campo normativo, na linguagem luhmanniana, da estabilização de expectativas, pois a credibilidade do órgão tende a evanescer e assim seu poder de estabelecer o código jurídico.

Neste sentido, seria preciso desenvolver estruturas de relação (acoplamento) operativos entre os Tribunais de Contas e os Judiciais, o que pode redundar no fortalecimento de uns e de outros, ao contrário do que se possa pensar inicialmente.

Sem retirar quaisquer competências do Judiciário, poder-se-ia criar mecanismos de contato direto entre aquele Poder e as Cortes de Contas, permitindo que fosse conferida prioridade à execução dos títulos extrajudiciais que são os frutos das decisões das Cortes de Contas. Da mesma forma, caberia ao Judiciário reconhecer o papel preponderante das instâncias especializadas na apreciação do mérito de questões da Administração, sem que isto redunde em prejuízo ao acesso jurisdicional: de um lado, porque os Tribunais de Contas poderiam ter este papel parcialmente reconhecido; de outro, porque a análise de legalidade e constitucionalidade poderiam continuar a ser feitas, sem que para isto seja necessário adentrar no mérito das demandas. Estas articulações operativas demandariam ajustes institucionais de parte a parte e

até um aumento da vigilância entre órgãos de controle do Estado – algo positivo, numa primeira mirada.

b) A amplíssima competência conferida a partir (mas não só) de 1988 ⁴⁷inviabilizaria a tarefa, pela sua própria dimensão. Donde se extrai que as atividades dos Tribunais seriam excessivamente concentradas em exames formais, nos processos de prestação de contas, o que tomaria grande parte da estrutura e do efetivo das Cortes, em detrimento de procedimentos mais céleres e com melhor resultado para a proteção do Erário;

Este é um caso de mais um “dilema institucional” dos Tribunais de Contas. Sabe-se que estes órgãos possuem um plexo de atribuições que vão além da apreciação e/ou julgamento de contas de administradores de recursos públicos. Speck (2000, p. 140-141) fala em atribuições quase-administrativas (registro de contratação e aposentadoria), judiciais (no caso das contas), de aspectos legal-formais e também de caráter valorativo, na avaliação econômica e social das atividades da Administração. Naturalmente, competências tão amplas dão ensejo à criação de uma robusta estrutura administrativa, que ganha complexidade, posto seu próprio âmbito de fiscalização também o faz. E é certo a quantidade enorme de mudanças pelas quais passou a Administração Pública desde que o primeiro TCU foi criado, ainda no século XIX.

Elaine Faria de Melo (2011, p. 55) explica que o controle externo foi ampliado em termos qualitativos (vertical) e quantitativos, mas alcançando não só o financeiro, mas a dimensão dos atos de gestão de várias formas (horizontal). Ora, isto implica uma revisão de procedimentos que não parece completa ainda.

Como narrado no capítulo anterior, há quem defenda, diante destes novos desafios, muitos trazidos pela ampliação que a Constituição de 1988 trouxe, a necessidade de uma remodelação das Cortes de Contas, em que o julgamento de contas deixasse de ocupar o papel central dentre as atribuições voltadas aos órgãos, cedendo diante de outros procedimentos de fiscalização em tese mais efetivas, como auditorias ou fiscalizações.

O próprio Tribunal de Contas, ao longo do tempo, adotou procedimentos em que os processos de contas já não são os que mais ocupam o tempo na Corte. Naturalmente, os motivos

⁴⁷ Álvaro Miranda (2013, p. 192), de uma perspectiva institucionalista, questiona o “propalado fortalecimento” das Cortes de Contas, pois considera que as “inovações” do texto de 1988 ou são manutenções de textos de Constituições anteriores ou aproveitamento de propostas já debatidas nas outras Constituintes, sem configurar grandes modificações no âmbito dos Tribunais de Contas. Isto seria ainda prejudicado pela falta de uma força executória às decisões, a despeito de existirem propostas neste sentido na Constituinte de 1987-1988.

para tanto também são operacionais (visto que a Corte da União fiscaliza milhares de órgãos e uma análise detida de contas anuais inviabilizaria por completo a tarefa).

Contudo, se priorizar as tarefas de auditoria e fiscalização parecem um bom caminho para efetivar o controle de economicidade e legitimidade das despesas públicas, bem como uma forma mais ágil de evitar danos ao erário (já que a prestação de contas tende a ter um caráter posterior), a própria constituição do órgão como uma estrutura de Tribunal, com similaridades à do Judiciário, sobretudo nos órgãos de cúpula (os gabinetes dos Ministros), tende a gerar atritos com estes “novos procedimentos”.

Aparentemente, do ponto de vista sistêmico, não seria possível identificar bloqueios constantes numa questão que soa pragmática e de auto-organização dos próprios Tribunais. À primeira vista, não seria possível falar em interferência do sistema político no sistema jurídico, pois a opção institucional por realizar auditorias ou de que modo as contas serão julgadas (se num largo exame de conformidade ou numa análise, por amostragem, de documentos reputados relevantes, se numa escolha anual de órgãos determinados para apreciação mais detida ou se numa avaliação global e genérica de todas as entidades fiscalizadas) é matéria que compete à regulamentação pelos próprios Tribunais – só é afetada indiretamente pelas irritações do sistema político – mas estas têm de passar por algum filtro, para que ganhem relevância jurídica.

Não parece ser o caso, de ameaças institucionais, embora não possam ser descartadas, mas mesmo estas, não influenciam diretamente a atuação dos Tribunais – o problema do “como” aí é passível de solução interna. Conquanto isto seja parcialmente verdade, esta questão da “efetividade” das atribuições das Cortes de Contas parece advir de uma indefinição que é fruto, sobretudo, de uma filtragem inadequada pelo sistema político, ainda hesitante em definir qual a missão constitucional dos Tribunais de Contas.

Como visto, a tendência de sistemas funcionalmente diferenciados é a de desenvolver órgãos especializados, para o exercício das funções, possibilitando maior reprodução do código em operações menos turbulentas. No caso dos Tribunais de Contas, parece haver uma afirmação geral de um órgão central do sistema jurídico, especializado no controle da Administração Pública. Contudo, nem todos os instrumentos para isto lhe são conferidos – e até o modo como o protagonismo do antigo estilo de controle de contas aparece em textos constitucionais tende a paralisar estas instituições.

Um excesso de atribuições, como o caso da homologação de aposentadorias e registros ou o exame formal de contas, acaba sobrecarregando estes órgãos, que tendem a formalizar

ainda mais alguns de seus procedimentos (redução de complexidade) para que desenvolvam outros de uma forma mais eficiente. O modo desigual e algo hesitante como isto é feito no âmbito de cada Tribunal de Contas também é tributário de uma legislação algo omissa, seja no plano federal, seja no plano estadual, que não garante totalmente a liberdade dos órgãos de contas, mantendo uma margem de insegurança.

Nestas circunstâncias, os Tribunais não conseguem estabilizar as expectativas normativas dos atores em relação ao controle da Administração Pública. Uma solução possível seria a edição de uma Lei Geral sobre os Tribunais de Contas, que trate, p.ex., dos critérios mínimos para a instrução e apreciação dos processos de contas. Não parece resistir o argumento de que isto retiraria a autonomia dos Estados, tendo em vista que o já referido “princípio da simetria” é aplicado intensamente no Direito brasileiro, sendo fundamento para diversas decisões do STF que remanejaram opções do legislador estadual. Ademais, a própria presença de normas gerais sobre Licitações e Contratos, tão utilizadas para o controle pelas Cortes de Contas, já evidencia que o modo como a Federação brasileira funciona permite esta espécie de medida.

Mesmo não acatada a sugestão de uma normatização geral, ainda assim, parece que o legislador pode envidar esforços para delimitar o alcance da atuação dos Tribunais de Contas. O risco, porém, é de um retrocesso e uma restrição da capacidade de controle que estes órgãos possuem. O que se fala aqui é de retirar competências formalistas e ampliar o controle material sobre a Administração, sem que isso implique desprezo ao procedimento de contas. Na verdade, um ajuste (eliminando a mera conferência burocrática de recibos e notas fiscais e possibilitando inspeções, verificações diretas em tempo real, seja pela internet, seja pessoalmente) já é capaz de garantir ganhos na atuação das Cortes de Contas.

Não obstante, os próprios Tribunais podem tornar sua resposta mais ágil, delimitando os procedimentos em seus respectivos Regimentos Internos e Resoluções, sempre tendo em vista a eficiência do trabalho das Cortes e a proteção do Erário.

c) Ainda, haveria um conflito que redundaria na natureza excessivamente política dos Tribunais de Contas, ditada a partir da escolha dos Ministros e Conselheiros, em contraposição ao corpo técnico das Cortes. Ademais, as decisões acerca da aprovação ou rejeição das contas não contariam com fundamentação clara, sendo os motivos para uma ou outra não muito claros e sem critérios objetivos para aferição

Um levantamento da Transparência Brasil indica que, “de cada dez conselheiros, seis são ex-políticos, dois sofrem processos na Justiça ou nos próprios Tribunais de Contas e 1,5 é parente de algum político local” (PAIVA e SAIKAI, 2014). As autoras de um estudo elaborado a partir do relatório pensam que isto indica a “forte politização” dos Tribunais de Contas, que seria facilitada pela leniência com que a Constituição teria tratado os critérios para que alguém se torne Conselheiro ou Ministro de Contas.

O diagnóstico do estudo é decerto desairoso: (i) a indicação política seria a regra, sendo a votação nas Assembleias “um jogo de cartas marcadas”; (ii) a motivação da nomeação seria garantir “vida mansa” ao governante com quem tenha vínculos o Conselheiro/Ministro indicado; (iii) e a presença de médicos, odontólogos e jornalistas entre membros das cúpulas dos Tribunais de Contas em todo o país indicaria um estado de coisas em que a “frouxidão dos requisitos deixaria espaço para o que se quiser” (PAIVA e SAIKAI, 2014, p. 1-3).

A esse quadro que traça um cenário tempestuoso, poder-se-ia adicionar a frequente crítica aberta aos Tribunais em relação à sua falta de autonomia, que teria fundamentos políticos relacionados à indicação dos Conselheiros/Ministros por representantes do sistema político, seja do Legislativo ou do Executivo, a quem supostamente deveriam satisfações. Assim, os Tribunais de Contas não poderiam realizar seu trabalho da forma mais técnica possível, por conflito com a extrema politização a que são submetidos – o que teria consequência no julgamento dos processos de contas.

Canello, Hidalgo e Lima (2014, p. 4-5) falam de graus extremos de autonomia e subordinação, a partir dos critérios de indicação dos membros dos órgãos de fiscalização, desde aqueles inseridos na estrutura do Executivo até as Cortes de Contas. Assim, para eles, em uma ponta estaria um auditor-chefe unilateralmente indicada pelo executivo até outro em que os membros (Conselheiros/Ministros⁴⁸) seriam escolhidos a partir de um Comitê de Experts sem qualquer conexão com autoridades eleitas.

Antes de adentrar o ponto determinante do problema, porém, é importante precisar o alcance desta distinção tão levantada entre “técnica” e “política”, em que a primeira implicaria autonomia e independência para além de relações clientelistas ou provenientes de acordos e negociações que digam respeito ao jogo de poder do Estado e dos partidos políticos.

⁴⁸ “Auditores” é a tradução literal do termo usado, “auditors”. Contudo, por se referirem aos Tribunais de Contas como Audit Courts, é razoável imaginar que se tratem dos ocupantes das cúpulas desses órgãos.

A partir de uma concepção de mundo institucionalista, Álvaro Miranda (2013, p. 145) questiona essa divisão, considerando-a ultrapassada, não somente para os tempos atuais, mas por que retoma um debate que surgiu ao fim da República Velha, com a chamada Revolução de 1930. Para o autor, a própria solução constitucional que opta pela instituição de um Tribunal de Contas é uma escolha política, em que se pretende neutralizar poderes, não sendo possível falar numa visão técnica por si só. Em suas palavras,

[...] a visão tecnicista para a fiscalização e julgamento de contas públicas desconsidera não só a necessidade de uma análise do objeto dentro do seu contexto institucional mais amplo, como também se contenta com a ilusão da autonomia do sistema jurídico como sendo uma realidade imanente ao próprio direito (MIRANDA, 2013, p. 146)

A própria opção pelo julgamento das contas de governo do Chefe do Executivo pelo Legislativo, circunstância em que a apreciação dos Tribunais de Contas estaria cingida a um “Parecer Prévio” teria sido uma escolha política, debatida com outras propostas, e utilizada para fortalecer o Legislativo, em detrimento de um órgão que não contaria com responsabilização política expressa.

Neste ponto, divergimos um tanto de Álvaro Miranda, visto que a visão deste trabalho está atrelada à Teoria dos Sistemas, e, por isto, é importante distinguir a posição desta dissertação de que uma visão que transforme a Política em um centro de sentido de outros sistemas sociais é um equívoco, pelas razões já expostas. Portanto, não seria cabível uma interpretação “política” do Direito como razoável. Neste sentido, poderíamos separar a função com que os Tribunais colaboram precipuamente (a jurídica) do que seja a Política em si, um outro sistema social, diverso, com código diferente e pelos quais estruturas especializadas como os Tribunais não podem se guiar em suas decisões.

A própria indefinição reclamada pelo autor é motivada por este tipo de visão que transforma todo e qualquer problema social (econômico, jurídico, religioso) em político, passível de resolução pelas regras do poder. Isto tende a levar os Tribunais a um estado de corrupção – e muitas vezes é o caso que ocorre, talvez pelo próprio modo com que as vagas de Conselheiros e Ministros são preenchidas.

Entrementes, há de se ressaltar que o acoplamento estrutural entre os sistemas político e jurídico, bem como a presença da legislação na periferia do sistema jurídico, sendo aquela, produto do sistema político (sob coordenação de procedimentos jurídicos, é verdade) não permite uma distinção tão clara entre “órgão técnico” e “órgão político”. A rigor, o uso da

expressão “técnica” pode ser utilizado em contraponto a uma série de conhecimentos ou sistemas sociais, não sendo útil para tratar acerca da especificidade do Direito ou da Política.

Geralmente utilizado como mecanismo de distinção entre o que seria certo e o que seria errado em determinado sistema, resulta mais por confundir do que esclarecer, razão por que não se utiliza aqui esta diferença. A preferência deste trabalho é que os Tribunais de Contas sejam vistos como órgãos predominantemente jurídicos, ainda que eventualmente possam exercer funções políticas – não quando estão decidindo, sob o código do Direito, porém.

Dito isto, é preciso questionar até que ponto a forma com que são indicados os integrantes do Pleno dos órgãos de contas interfere na independência dos trabalhos.

Articulando conceitos institucionalistas, Álvaro Miranda (2013, p. 150-152) entende que a influência da Política na escolha dos Conselheiros e a eventual falta de independência por eles demonstrada no exercício de sua função pública é menos uma questão de moralidade pessoal, mas, sobretudo, fruto de um desenho institucional mal concebido (ou melhor: concebido com outra finalidade que não o de aproximação entre a Corte e a sociedade).

No caso dos Tribunais de Contas brasileiros, o autor percebe influência demasiada tanto do Executivo quanto do Legislativo, sendo que esses Poderes, em algumas oportunidades, chegam a entrar em disputa a respeito da nomeação de membros das Cortes. A seu ver, isto deu maior poder aos Deputados e ao Governador na sua relação com os Prefeitos Municipais, visto que estes não participam da escolha dos responsáveis pelos julgamentos de suas contas, ao contrário daqueles. Desta maneira, não seria estabelecido um contraponto entre as escolhas do Legislativo e a do Executivo, mas seria formado um processo complementar de escolha e influência política:

Com efeito, mesmo o Poder Legislativo tendo hoje a prerrogativa de indicar a maior parte dos conselheiros do Tribunal de Contas, o governador não fica alijado do processo, ainda que a vaga aberta seja da cota da Assembleia Legislativa. O governador acabou assumindo papel central como influenciador junto aos deputados, numa similaridade da situação observada no chamado “presidencialismo de coalizão” do governo federal junto ao Congresso Nacional (MIRANDA, 2013, p. 154).

Neste ponto, Canello, Hidalgo e Lima (2014, p. 7) percebem as remotas possibilidades de que a minoria parlamentar consiga eleger candidatos às Cortes, cujos postos máximos ficam reservados à maioria (em regra) governista.

Este processo reforça o questionamento de Miranda (2013, p. 156), que também incide sobre o afastamento dos Tribunais da sociedade, processo que seria intensificado pelo método

de escolha da cúpula, que somente traria um conflito entre “elites políticas” em disputa, na melhor das hipóteses, e na pior, significaria a efetiva “captura” do órgão de controle pelos políticos. Para tanto, o autor traz uma série de casos, em especial dos Tribunais de Contas do Rio de Janeiro e São Paulo, que indicaria a extrema influência dos políticos estaduais na indicação de Conselheiros, num contexto em que aqueles contam com uma rede de articulações políticas nos quais estão os jurisdicionados municipais.

Contudo, ainda que seja muito difícil provar uma ligação direta entre a indicação do Conselheiro e sua posição no julgamento de contas e processos em geral, Miranda (2013, p. 165-167) conclui que o desenho institucional dos Tribunais os configuram como uma instituição política de coação simbólica, de maneira que suas decisões podem embasar ações criminais e de improbidade administrativa, assim como resultar em inelegibilidade na Justiça Especializada – neste ponto, a responsabilidade não estaria somente nos julgadores, mas em todo o sistema institucional que confere tal papel aos Conselheiros e Ministros.

É por isto que o autor sustenta não serem os Tribunais e seus membros não são tão vítimas de um sistema político nefasto, mas também atores, que se utilizam deste Poder e do cálculo político em seus julgamentos.

É certo que há consequências de ordem política das Cortes de Contas, especialmente quando julgam as condutas de gestores municipais, como informam Pereira e Melo (2014, p. 10-14), cujos estudos concluíram pela existência de alguma correlação entre denúncias comprovadas de corrupção nas Cortes de Contas e não reeleição de candidatos ocupantes de cargo Executivo.

Embora Álvaro Miranda tenha alguma razão quanto à possibilidade de vinculação política ao Poder dos Tribunais, não há de se ignorar que a sua força decorre inerentemente das atribuições conferidas pela Constituição – e de suas decisões jurídicas. A questão é saber até que ponto há motivação política no decisório. Para tanto, uma série de complexos estudos empíricos seriam demandados. Com este fim, Canello, Hidalgo e Lima (2014) elaboraram um modelo quantitativo em que se busca medir três variáveis que influenciam a opção final no processo de contas: (i) a probabilidade prévia de o governo descumprir a lei; (ii) o sinal recebido no processo de contas e (iii) o viés anterior dos julgadores. A partir daí, o objetivo é testar o suposto contraste que haveria entre julgamentos “políticos” e “técnicos” e os possíveis vieses envolvidos. A experiência, porém, ainda está em fase prévia, não tendo sido a pesquisa exaurida.

Sob a ótica da Teoria dos Sistemas, o “desenho institucional” mencionado por A. Miranda é um típico caso de irritação do sistema periférico. Concorde-se parcialmente com ele, quando se fala que a questão principal para o sistema jurídico é menos de individualizar como agem os membros dos Tribunais de Contas, mas como as estruturas ainda os permitem agir.

Se é verdade que uma situação em que as decisões são tomadas ou sob o código político ou sob o código econômico tendem a embotar o desenvolvimento do órgão de controle, definindo um caso de corrupção sistêmica, é certo que há atuação de Conselheiros que são tomadas sob o código jurídico – e ainda assim, podem sofrer a influência de injunções políticas. Do ponto de vista da credibilidade das expectativas, é ainda pior que parem incertezas quanto à independência e o acerto das decisões dos Tribunais, pois isto tende a criar problemas na estabilização congruente promovida pelas Cortes.

No entanto, sustenta-se aqui que o maior problema dos Tribunais de Contas mais uma vez está num desenho institucional desequilibrado, em que se hesita atribuir caráter de Tribunal ou de órgão de fiscalização cujo objetivo maior não é a punição, mas outros aspectos, como a fiscalização e a prevenção contra atos de corrupção. Neste ponto, as irritações do sistema político tendem a embotar a função jurídica para que é estruturado o Tribunal de Contas.

Contudo, não é claro o suficiente se o problema está na normatização do método de escolha. Se é verdade que poder-se-ia reservar ao menos uma das vagas do Legislativo para o chamado “corpo técnico” do Tribunal, o que certamente incrementaria a especialização da matéria, visto que o Ministro/Conselheiro seria mais um funcionário de carreira do órgão, parece saudável que um órgão que fiscalize Poderes Políticos tenha em seus membros pessoas que tenham sido indicadas por quem detém legitimidade política a partir do voto.

Talvez seja o caso de aprimorar o processo de seleção em si, delimitando de que maneira seriam realizadas as entrevistas, as candidaturas (limitando o número de políticos com mandato ou estabelecendo alguma espécie de quarentena antes e depois da atuação no Tribunal de Contas) e conferindo importância aos atos preparatórios à indicação, com maior grau de transparência. Outra ideia interessante seria vincular a indicação do membro da Corte a fundamentos concretos.

A manutenção do atual sistema, sem qualquer modificação, traz problemas, na medida em que falta controle jurídico e confere-se grande discricionariedade ao sistema político, o que traz uma sobrecarga ao Tribunal. Assim, dele se espera (negativamente) uma postura exagerada de “combate”, e qualquer decisão tomada pode ser vista sob a suspeição de ter sido influenciada

pelo código da Política, o que faz com que sua credibilidade seja ferida – em última razão, isto traz consequências para que os Tribunais realizem sua função jurídica.

De tudo quanto já dito, parece claro que muito dos obstáculos a uma atuação aperfeiçoada dos Tribunais passa por uma reformulação de expectativas quanto ao que o órgão pode oferecer à sociedade como estrutura de um sistema que presta a função de estabilização das expectativas normativas. Donde que se conclui pela necessidade de que se realce seu papel como integrante do sistema jurídico, como Tribunais que são, e as consequências disso decorrentes. Ainda que não se espantem funções de fiscalização, parece mais adequado que os Tribunais de Contas aliem aquelas a um processo de julgamento específico, que se possa desenvolver autonomamente, sob os ditames do sistema jurídico. Também parece saudável a conferência de maior força de implementação às decisões, bem como a preservação da autonomia dos membros da Cúpula – o que deve ser, contudo, aliado a uma perspectiva mais rigorosa na seleção dos Conselheiros e Ministros das Cortes.

De outra mão, parece imprescindível assentar que, conquanto possíveis para aperfeiçoar os chamados mecanismos de controle externo, os instrumentos jurídicos não são suficientes, ou melhor, devem acompanhar uma opção política e institucional que fortaleça os Tribunais de Contas (e neste caminho, aperfeiçoando e aumentando a cobrança em relação a seu papel), sem o quê, alterações pontuais possam significar apenas remendos nessa parcela do aparato estatal.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho apresentou um tema que, se não é novo, não está entre os mais visitados pela doutrina jurídica nacional: o funcionamento dos Tribunais de Contas, como mecanismo de controle da Administração e de combate à corrupção. Para além de uma apresentação panorâmica das Cortes de Contas, buscou-se identificar quais dos pontos vistos como problemas principais dizem respeito às relações entre Direito e Política nestas Cortes, o que restaria por inviabilizar suas atividades de modo autônomo. O estudo trata, então, das dificuldades encontradas pelos Tribunais e qual a eventual ligação entre Direito e Política naqueles obstáculos.

Para isto, foi usada a Teoria dos Sistemas como marco teórico e essa, se já foi bem mais desconhecida, ainda está longe de ser usada frequentemente, ainda mais para cuidar de instituições jurídicas e de seu desempenho. A opção teórica resultou de uma série de problemas percebidos na abordagem da corrupção e de seu controle pelo Direito. O primeiro problema seria um excessivo moralismo presente em certas concepções jurídicas, que atribuiriam os problemas, seja da corrupção, seja da atuação das Cortes, ao foro individual dos sujeitos, o que parece insuficiente para explicar a complexidade da matéria. Um outro problema de escassez teórica seria o das correntes “punitivistas”, excessivamente preocupadas em penalizar e aumentar o rigor da punição jurídica, sem atinar para as estruturas de produção do Direito.

Após a exposição de alguns pontos teóricos que serviram de baliza ao exame ora apresentado, tentou-se demonstrar como o “estado da arte” da Teoria Social e das teses jurídicas tratam dos assuntos. A nosso ver, a situação dos Tribunais de Contas é de obscuridade: esses órgãos parecem encobertos, tanto na prática jurídica quanto nos estudos apresentados, como um espaço para iniciados no âmbito da burocracia estatal de controle jurídico. A circunstância de os estudos serem mais frequentes em outras áreas do conhecimento que não a jurídica amplia o desconhecimento por parte de quem ensina e opera o Direito. Assim, uma estrutura que poderia gozar de maior efetividade na atuação ao combate à corrupção e a desvios em geral na Administração Pública acaba relegada à condição de “mecanismo secundário”, de baixa reputação, por ser considerado “custoso” para a sociedade e ineficiente, quando, na verdade, pouco se conhece a respeito de sua atividade rotineira.

Discutidas as questões, sem qualquer pretensão de esgotar o tema, até pelo caráter inicialmente expositivo e analítico da dissertação, a pesquisa desenvolvida levou esta dissertação às seguintes considerações:

i) A maioria das teorias tradicionais, tanto do Direito quanto de outros campos das chamadas “ciências sociais”, concentra sua explicação a respeito do problema da corrupção, do controle e das instituições relacionadas, como o Tribunal de Contas, em balizas pouco referenciadas na estrutura e nas relações amplas que possam haver entre Direito, Política e Sociedade. Assim, o problema passa a ser dos indivíduos que ocupam posições sociais (empresários, funcionários públicos, inclusive de alto escalão, entre outros grupos considerados “corruptores” e “corruptíveis”), sendo as propostas para solucionar o problema limitadas a matérias de foro íntimo (a moralidade dos indivíduos), de comportamento social compartilhado (a ausência de uma ética coletiva numa sociedade construída a partir de certa colonização, com determinadas características). A solução, então, é concentrada em aumento de punições, sem a devida compreensão do modo de funcionamento da sociedade;

ii) A Teoria dos Sistemas sugere um modelo alternativo de explicação, na medida em que sustenta a presença do Direito e Política como algo ínsito à sociedade moderna, não externamente construídos. Para esta visão, a grande distinção da sociedade moderna é a especificidade das funções a que cada subsistema vai sendo formado, para que se reduza a complexidade e sejam mantidas as operações de comunicação, que são, enfim, o que mantém a sociedade em atuação;

iii) As noções de “Direito da Sociedade” e “Política da Sociedade” percebem estes subsistemas como compostos das mesmas operações que determinam a sociedade (a comunicação), com estruturas, código e programas específicos, de modo a realizar a função, que nada mais é do que a demanda da sociedade para com eles. Ressalte-se, porém, que tanto um como outro são autônomos, fechados em suas operações, para que se reproduzam sem qualquer outra influência ou interferência que não aquelas ditadas pelo sistema. Assim, somente o Direito pode dizer o que é o Direito e a Política o que é a Política. Contudo, dada a origem comum, Direito e Política relacionam-se, seja por meio de irritações recíprocas como ambiente um do outro (e aqui dá-se a abertura cognitiva de cada sistema), seja por meio do acoplamento estrutural, mecanismo de sobreposição entre os subsistemas;

iv) A corrupção seria um defeito no funcionamento dos sistemas. O sentido utilizado pela Teoria dos Sistemas é mais amplo. Corrupção nada mais é do que a interferência indevida do código de um sistema em outro, de modo que pode haver tanto a influência excessiva do Direito na Política quanto da Política no Direito. Assim, no segundo caso, as decisões jurídicas seriam influenciadas pelo código da política (poder/não poder), de maneira que isto embotaria a auto-reprodução do sistema jurídico. Isto ocorreria também com a influência indevida do

código econômico (ter/não ter) e do meio da Economia (o dinheiro) nos sistemas político e econômico;

v) A diferença entre uma e outra espécie de corrupção é que algumas seriam mais visadas pela Moral, que não permanece na sociedade moderna como um sistema com função delimitada, mas serve como alerta de defeitos de funcionamento dos outros sistemas. Isto não significa a desimportância da Moral, nem tampouco indiferença aos problemas da corrupção econômica ou política. A rigor, a pretensão da teoria é descrever da forma mais fiel possível, ainda que com conceitos abstratos, o modo de funcionamento da sociedade;

vi) Tendo em vista a autonomia recíproca de cada subsistema, não é possível falar que o Direito possa atingir por si só, e diretamente, as comunicações do sistema político ou econômico. A regulação produzida pelo Direito ocorre de modo intrincado e indireto, por meio das decisões jurídicas – estas, para serem impostas *de facto* demandam acoplamentos com o sistema político, p.ex. Assim, a mera alteração legislativa não parece ser o mecanismo mais adequado para a solução do problema;

vii) A circunstância de o Direito não interferir diretamente na Política ou em outros sistemas sociais não o afasta de ser um “sistema de controle”. A função do Direito é, num primeiro nível, indicar o modo como se deve esperar as condutas praticadas e, num segundo nível, comunicar aos outros sistemas sociais como aquelas expectativas devem ser esperadas – num contínuo caminho de repetição dos procedimentos de decisões em vários aspectos;

viii) O Direito da sociedade moderna tem sua característica primordial na positividade, i.e., sua validade é condicionada à operação fática por ele produzida, no caso, a decisão jurídica, que é seu meio de comunicação por excelência. Em outros termos, o Direito exerce sua função por meio das decisões jurídicas, que são operações de comunicação baseadas no código lícito/ilícito. Disto se conclui que são os Tribunais que ocupam a posição central no Direito moderno, e não a legislação, como muitas vezes se supõe. Embora a Legislação guarde importância, sendo uma referência inestimável ao julgador, ela não é a estrutura comunicativa que efetivamente permite a reprodução do Direito. Assim, a Legislação ocuparia a periferia do sistema jurídico, sem que isto implique menor estima ou destaque àquela, pois a posição central diz respeito à descrição da comunicação jurídica, somente;

ix) No caso do Direito brasileiro, há basicamente duas visões, ambas calcadas na Teoria dos Sistemas, que se opõem quanto às dificuldades encontradas para a reprodução autônoma (autopoietica) do sistema jurídico no país. De um lado, a visão de Marcelo Neves, para quem o

Direito brasileiro sofre um problema crônico de bloqueio sistêmico, levando à alopoiese, circunstância em que um sistema não consegue sua diferenciação funcional, diante da corrupção constante do seu código. Esta seria uma realidade típica da modernidade periférica, de países que não ocupam o centro do sistema econômico mundial. De outro lado, a visão de Celso Campilongo e Orlando Villas Bôas Filho, que não desprezam os problemas da corrupção no sistema jurídico brasileiro, mas entendem que este ainda mantém suas características autopoieticas. Desta maneira, o problema principal não ocorreria na reprodução do sistema jurídico, mas na relação entre periferia e centro do próprio Direito. A legislação não conseguiria processar adequadamente os conflitos sociais, conferindo-lhes a devida densidade institucional e normativa, restando aos Tribunais a sobrecarga de decidir conflitos que não são resolvíveis pelo código do Direito. Não caberia aos Tribunais decidir o que seria cabível de solução distributiva ou institucional – e este choque levaria a uma insuficiência do Direito. Embora não se despreze a categoria da alopoiese, percebe-se a tese de Campilongo e Villas Bôas Filho como mais adequada à descrição da realidade brasileira – sem a desvantagem de perceber certos problemas como típicos de países “periféricos”, pois haveria repetição, em maior ou menor grau, de problemas parecidos em diversos países, mesmo os mais ricos.

x) Uma vez que a decisão jurídica é o que caracteriza a posição dos Tribunais e define sua atuação como estrutura especializada para realizar a forma de comunicação específica do Direito, os Tribunais de Contas assumiriam a função de Tribunais jurídicos, ainda que isto não seja exposto na legislação brasileira, quando atuam como julgadores de contas ou mesmo de processos de apuração de denúncia ou representação. Contudo, isto não ocorreria em todas as suas atividades, tendo em vista que há competências de fiscalização, auditoria e consultoria nos Tribunais de Contas. Estas, assim, seriam funções do centro do sistema político, exercidas, porém, secundariamente ali;

xi) Seria possível, então, explicar os problemas mais recorrentemente apontados como defeitos dos Tribunais (falta de força executiva e de poder de implementar as decisões, dilema institucional entre o papel fiscalizador e julgador e “politização”, com enfoque no método de escolha dos Conselheiros) por meio de conceitos e estruturas conceituais sistêmicas. Percebe-se que boa parte do problema está menos na existência dos Tribunais em si ou em questões pessoais (de moralidade pessoal, inclusive) de seus integrantes, conquanto isto não possa ser afastado de consideração. O ponto fulcral estaria mais na forma como a legislação (na periferia do sistema jurídico e formada a partir do sistema político) não faz opções consistentes acerca da estrutura dos órgãos de contas. Além disso, a legislação é ambígua em relação ao papel

principal das Cortes de Contas, quando hesita em conferir-lhes força de implementação ou poderes executórios típicos da jurisdição, e ainda, quando estabelece poucos critérios para a seleção dos membros da cúpula do órgão.

Elencadas as considerações, o trabalho apresenta-se como uma colaboração no estudo dos Tribunais de Contas e do combate à corrupção e à impunidade em geral. Para isto, engendrou-se uma análise cujos fundamentos teóricos não são comuns para o estudo da dogmática jurídica. Dessa forma, além de uma descrição dos mecanismos de funcionamento das Cortes de Contas e de como estes compõem parcialmente o sistema de controle jurídico no Brasil, elaborou-se aqui um exame a respeito dos problemas e possíveis soluções para que estes órgãos de controle ganhem maior efetividade nas ações contra os desvios e ilegalidades praticadas contra a Administração Pública.

Neste ensejo, para além de um estudo meramente dogmático, vislumbrou-se desvendar as relações entre o Direito e a Política e suas consequências na estruturação dos Tribunais de Contas no Brasil, dado que o desenho destas instituições no ordenamento jurídico guarda traços de uma e de outro sistema social.

Por fim, o trabalho ainda põe-se ao lado daqueles que utilizam a Teoria dos Sistemas como ferramenta não só para compreensão de temas gerais da sociedade, mas de questões específicas, inclusive no Direito, para que se demonstre sua utilidade para observar e destacar situações antes encobertas ou mal percebidas.

6 REFERÊNCIAS

- ABBOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Introdução à Teoria e à Filosofia do Direito**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- ACKERMAN, Susan Rose. **La Corrupcion y los Gobiernos**. Madrid: Siglo XXI, 2001.
- ADEODATO, João Maurício. **Ética e Retórica**. Para uma teoria da dogmática jurídica. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- AGUIAR, Thiago Maciel de. **Análise institucional do Tribunal de Contas da União e sua contribuição para o processo de consolidação da Democracia no Brasil**. 2008. Especialização em Ciência Política – Universidade de Brasília, Brasília, 2008.
- ARAÚJO, Marcelo Cunha de. **A Corrupção e a Irritação do Sistema do Direito no estudo de um caso concreto**. Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva. Belo Horizonte, n. 6. Disponível em: <<http://blog.newtonpaiva.br/direito/wp-content/uploads/2012/08/PDF-D6-17.pdf>>. Acesso em: 28 jan. 2015.
- AVRITZER, Leonardo. Governabilidade, sistema político e corrupção no Brasil. In: AVRITZER, Leonardo; FILGUEIRAS, Fernando (Org.). **Corrupção e Sistema Político no Brasil**. 1. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011. p. 43-62.
- AVRITZER, Leonardo; BIGNOTTO, Newton; GUIMARÃES, Juarez; STARLING, Heloisa Maria Murgel (Org.). **Corrupção**. Ensaios e críticas. 2. ed. Belo Horizonte: UFMG, 2012.
- BAHIA. Assembleia Legislativa. Resolução nº 1.193, de 17 de janeiro de 1985. Dispõe sobre o Regimento Interno da Assembleia Legislativa do Estado da Bahia. Disponível em: <http://www.al.ba.gov.br/PublitaioPHP/Uploads/18022014125842000000_Regimento_Interno_2014.pdf>. Acesso em 13 jan. 2015.
- _____. Constituição do Estado da Bahia, de 05 de outubro de 1989. Disponível em: <<http://www.legislabahia.ba.gov.br/verdoc.php?id=73273>>. Acesso em 08 jan. 2015.
- _____. Lei nº 12.209, de 20 de abril de 2011. Dispõe sobre o processo administrativo, no âmbito da Administração direta e das entidades da Administração indireta, regidas pelo regime de direito público, do Estado da Bahia, e dá outras providências. Disponível em: <<http://governo-ba.jusbrasil.com.br/legislacao/1027502/lei-12209-11>>. Acesso em 16 jul. 2014.
- _____. Lei nº 13.205, de 17 de dezembro de 2014. Dispõe sobre a estrutura técnico-administrativa do Tribunal de Contas dos Municípios do Estado da Bahia, modifica o quadro de pessoal e o sistema de remuneração, estabelece normas sobre o processo eletrônico, altera dispositivos da Lei nº 12.207, de 14 de abril de 2011, relativa ao Ministério Público Especial de Contas, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.legislabahia.ba.gov.br/>> Acesso em 10 jan. 2015.

_____. Lei Complementar nº 06, de 06 de dezembro de 1991. Dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas dos Municípios do Estado da Bahia e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.tcm.ba.gov.br/tcm/leiorg.shtml>>. Acesso em 12 jan. 2015.

_____. Tribunal de Contas dos Municípios. Resolução nº 627/02. Aprova o Regimento Interno do Tribunal de Contas dos Municípios da Bahia. (Alterado pela Resolução nº 1.196/06). Disponível em: <www.tcm.ba.gov.br/res62702.doc>. Acesso em 10 jan. 2015.

_____. Tribunal de Contas dos Municípios. Resolução nº 1.225, de 30 de maio de 2006. Dispõe sobre denúncia, seu oferecimento, conhecimento e julgamento no âmbito do Tribunal, e dá outras providências. Disponível em: <www.tcm.ba.gov.br/resolucao122506.doc>. Acesso em 16 jan. 2015.

_____. Tribunal de Contas dos Municípios. Resolução nº 1.259, de 29 de novembro de 2007. Dispõe sobre as modalidades de Auditorias a serem realizadas pelo Tribunal, disciplina sua programação e execução, institui os procedimentos administrativos pertinentes e dá outras providências. Disponível em: <www.tcm.ba.gov.br/res125907.doc>. Acesso em 18 jan. 2015.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de Direito Administrativo**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BARROS FILHO, Clóvis de; PRAÇA, Sérgio. **Corrupção**. Parceria Degenerativa. 1. ed. Campinas: Papirus 7 Mares, 2014.

BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1997.

BERTALANFFY, Ludwig von. **Teoria Geral dos Sistemas**. Fundamentos, desenvolvimento e aplicações (tradução de Francisco M. Guimarães). 6. ed. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 2012.

BIGNOTTO, Newton. Corrupção e opinião pública. In: AVRITZER, Leonardo e FILGUEIRAS, Fernando (Org.). **Corrupção e Sistema Político no Brasil**. 1. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011. p. 15-42.

BOTELHO, Ana Cristina Melo de Pontes. A corrupção política e seu estudo à luz da Teoria dos Sistemas Sociais de Niklas Luhmann e de sua projeção nos sistemas jurídico e político. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 2009, n.18. São Paulo. **Anais...** Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao_paulo/2164.pdf>. Acesso em: 28 jan. 2015.

_____. **Corrupção Política**. Uma patologia social. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010.
BRASIL. Tribunal de Contas da União. Resolução nº 246, de 30 de novembro de 2011. Altera o Regimento Interno do Tribunal de Contas da União, aprovado pela Resolução TCU nº 155, de 4 de dezembro de 2002. Disponível em: <http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/normativos/sobre_normativos/regimento.pdf>. Acesso em 10 jan. 2015.

_____. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em 20 jul. 2014.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 20 jan. 2015.

_____. Decreto nº 966-A de 07 de novembro de 1890. Cria um Tribunal de Contas para o exame, revisão e julgamento dos atos concernentes à receita e despesa da República. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-966-a-7-novembro-1890-553450-publicacaooriginal-71409-pe.html>>. Acesso em 20 jul. 2014.

_____. Decreto-Lei nº 2.848 de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em 10 jan. 2015.

_____. Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964. Estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4320.htm>. Acesso em 19 jan. 2015.

_____. Lei nº 8.429, de 02 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm>. Acesso em 08 jan. 2015.

_____. Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992. Dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8443.htm>. Acesso em 10 dez. 2014.

_____. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm>. Acesso em 22 jan. 2015.

_____. Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9784.htm>. Acesso em 15 jul. 2014.

_____. Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003. Dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.683compilado.htm>. Acesso em 29 jan. 2015.

_____. Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990. Estabelece, de acordo com o art. 14, § 9º da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação, e determina outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp64.htm>. Acesso em 18 jan. 2015.

_____. Lei Complementar nº 101, de 04 de maio de 2000. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm>. Acesso em 20 jan. de 2015.

_____. Lei Complementar nº 135, de 04 de junho de 2010. Altera a Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990, que estabelece, de acordo com o § 9º do art. 14 da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação e determina outras providências, para incluir hipóteses de inelegibilidade que visam a proteger a probidade administrativa e a moralidade no exercício do mandato. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp135.htm>. Acesso em 18 jan. 2015.

_____. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm>. Acesso em 13 jul. 2014.

_____. Senado Federal. Quadro comparativo do Código de Processo Civil (atualizado em 09 jan. 2015). Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/mudancas-cpc-integral.pdf>>. Acesso em 18 jan. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 347. O Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público. Disponível em:
<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_301_400>. Acesso em 10 dez. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 653. No Tribunal de Contas Estadual, composto por sete Conselheiros, quatro devem ser escolhidos pela Assembleia Legislativa e três pelo Chefe do Poder Executivo Estadual, cabendo a este indicar um dentre Auditores e outro dentre membros do Ministério Público, e um terceiro a sua livre escolha. Disponível em:
<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_601_700>. Acesso em 08 jan. 2014.

BREI, Zani Andrade. Corrupção: dificuldades para definição e para um consenso. **Revista de Administração Pública**, v. 30, n.1. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, jan./fev. 1996. p. 64-77.

BRIENZA, Paul; COUTO, Naomi. Paradox and Origin: On the Structure of Legal Communication. **International Journal of Criminology and Sociological Theory**, v. 1, n. 1. Toronto: York University, jun. 2009. p. 111-127

CADEMARTORI, Luiz Henrique Uruqhart; DUARTE, Francisco Carlos. **Hermenêutica e Argumentação Neoconstitucional**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Direito e diferenciação social**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **O Direito na Sociedade Complexa**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Interpretação do Direito e Movimentos Sociais**. 1. ed. São Paulo: Campus/Elsevir, 2012.

_____. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CANELLO, Júlio; HIDALGO, F; Daniel; LIMA, Renato. Can Politicians Police Themselves? **Natural Experimental Evidence from Brazil's Audit Courts**, 15 Setembro, 2014. Trabalho ainda não publicado – submetido ao CPS do Instituto de Tecnologia do Massachussets (MIT)

CAPRA, Fritjof; LUISI, Pier Luigi. **A Visão Sistêmica da Vida**. Uma concepção unificada e suas implicações filosóficas, políticas, sociais e econômicas. Tradução Mayra Teruya Eichemberg e Newton Roberval Eichemberg. São Paulo: Ed. Cultrix, 2014.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Jurisdição e Competência**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CARVALHO, Aurora Tomazini de. **Curso de Teoria Geral do Direito**. O constructivismo lógico-semântico. 1. ed. São Paulo: Noeses, 2009.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional**. 17. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

_____. _____. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

CAVALCANTI, Augusto Sherman. O processo de contas no TCU: o caso do gestor falecido. **Revista do Tribunal de Contas da União**, v. 30, n. 81. Brasília: Tribunal de Contas da União, jul./set. 1999, p. 17-27. Disponível em: <<http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2055474.PDF>>. Acesso em: 11 jun. 2014.

CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. **Filosofia do Direito na Alta Modernidade**. Incursões Teóricas em Kelsen, Luhmann e Habermas. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. **Teoria da Argumentação**. Constitucionalismo e Democracia em uma Reconstrução das Fontes no Direito Moderno. 2. ed. com pós-escrito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CLAM, Jean. A Autopoiese no Direito. In: ROCHA, Leonel S., SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. **Introdução à teoria do sistema autopoietico do Direito**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 77-128.

CORDOVA, Maria Julieta Weber. Talcott Parsons e o Esquema Conceitual Geral de Ação. **Emancipação**. Universidade Estadual de Ponta Grossa, Paraná, v. 7, n. 2, 2007. Disponível em: <http://www.revistas2.uepg.br/index.php/emancipacao/article/view/108>. Acesso em: 02 jan. 2015.

CÔRREA, Izabela Moreira. Sistema de integridade: avanços e agenda de ação para a administração pública federal. In: AVRITZER, Leonardo; FILGUEIRAS, Fernando (Org.). **Corrupção e Sistema Político no Brasil**. 1. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011. p. 163-190.

COSTA, Luiz Bernardo Dias. **O Tribunal de Contas no Estado Contemporâneo**. 2005. Dissertação (Mestrado em Direito Econômico e Social) - Centro de Ciências Jurídicas e Sociais, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2005.

COSTA JÚNIOR, Eduardo Carone. **A Legislação Simbólica como Fator de Envenenamento do Ordenamento Jurídico Brasileiro**. Direito e Política. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

CURY NETO, Michel. **A competência fiscalizatória prévia do Tribunal de Contas nas Licitações Públicas**. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

DE GIORGI, Raffaele. Luhmann e a Teoria Jurídica dos Anos 1970 (apêndice). In: CAMPILONGO, Celso. **O Direito na Sociedade Complexa**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Introdução ao direito processual civil e ao processo de conhecimento. v. 1, 13. ed. Salvador: Juspodivm, 2011.

DOMINGUES, José Maurício. Patrimonialismo e Neopatrimonialismo. In: AVRITZER; Leonardo, BIGNOTTO; Newton, GUIMARÃES, Juarez; STARLING, Heloisa Maria Murgel (Org.). **Corrupção. Ensaios e críticas**. 2. ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2012. p. 147-151.

_____. **Teorias Sociológicas no Século XX**. 1. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008.

DUTRA, Roberto e BACHUR, João Paulo (Org.) **Dossiê Niklas Luhmann**. 1. ed. Belo Horizonte: UFMG, 2013.

ESTEVES, João Pissarra. Niklas Luhmann. In: LUHMANN, Niklas. **A improbabilidade da comunicação**, 1. ed. Lisboa: Vegas, 1993. Disponível em <www.bocc.ubi.pt/pag/esteves-pissarra-luhmann.pdf>. Acesso em: 15. dez. 2013.

FAORO, Raymundo. **Os donos do Poder**. Formação do patronato político brasileiro. 4. ed. São Paulo: Globo, 2008.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Tribunais de Contas do Brasil**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

FERNANDES, Maria Cristina. A fila dupla não sai nos jornais. In: AVRITZER, Leonardo e FILGUEIRAS, Fernando (Org.). **Corrupção e Sistema Político no Brasil**. 1. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011. p. 191-222.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**. Técnica, decisão, dominação. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FIALHO, Andrea Cristina de Sousa. **O controle da administração pública pós-constituição de 1988: o caso do Tribunal de Contas do Estado do Piauí**. 2005. Dissertação (Mestrado em Políticas Públicas) - Centro de Ciências Humanas e Letras, Universidade Federal do Piauí, Teresina, 2005.

FIGUEIREDO, Marcelo. **Probidade administrativa**. São Paulo: Malheiros, 2009.

FILGUEIRAS, Fernando. A Corrupção na Política. Perspectivas Teóricas e Metodológicas. **Cadernos CEDES (Centro de Estudos Direito e Sociedade)**, Juiz de Fora, n. 5, 2006.

Disponível em: <<http://www.cis.puc-rio.br/cedes/PDF/cadernos/cadernos%205%20-%20Caderno%20Cedes%20Filgueras.pdf>>. Acesso em: 30 jan. 2015.

_____. **Corrupção, Democracia e Legitimidade**. Belo Horizonte: UFMG, 2009.

_____. Marcos Teóricos da Corrupção. In: AVRITZER, Leonardo; BIGNOTTO, Newton; GUIMARÃES, Juarez; STARLING, Heloisa Maria Murgel (Org.). **Corrupção**. Ensaios e críticas. 2. ed. Belo Horizonte: UFMG, 2012. p. 299-306.

_____. Transparência e controle da corrupção no Brasil. In: AVRITZER, Leonardo; FILGUEIRAS, Fernando (Org.). **Corrupção e Sistema Político no Brasil**. 1. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011. p. 133-161.

CALDAS FURTADO, J.R. **Direito Financeiro**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Direito Administrativo**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade administrativa**. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

GEPHART, Malte. Contextualizing Conceptions of Corruption: Challenges for the International Anti-corruption Campaign. **German Institute of Global and Area Studies Working Papers**, Hamburg, n. 115, dec. 2009. Disponível em: <http://repec.giga-hamburg.de/pdf/giga_09_wp115_gephart.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2015.

GHIZZO NETO, Affonso. **Corrupção, Estado Democrático de Direito e Educação**. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2005.

GIORGI, Raffaele de. Luhmann e a Teoria jurídica dos anos 1970. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes. **O Direito na sociedade complexa**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 171-189.

GLAESER, Edward L.; GOLDIN, Claudia. Corruption and Reform: An Introduction. **The Natural Bureau of Economic Research**. Cambridge, n. 10775, set. 2004. Disponível em: <<http://www.nber.org/papers/w10775>>. Acesso em: 10 jan. 2015.

GOIS, Chico de. **Os bens que os políticos fazem**. Histórias de quem enriqueceu durante o exercício dos mandatos. 1. ed. São Paulo: Leya, 2013.

GONÇALVES, Guilherme Leite. **Direito entre certeza e incerteza**. Horizontes críticos para a Teoria dos Sistemas. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GONÇALVES, Guilherme Leite; VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. **Teoria dos sistemas sociais**. Direito e Sociedade na obra de Niklas Luhmann. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GUERRA, Evandro Martins; PAULA, Denise Mariano de. A função jurisdicional dos Tribunais de Contas. **Revista Controle**. Fortaleza: Tribunal de Contas do Estado do Ceará, v. 10, n. 2, p. 56-97, jul./ dez. 2012.

GUIBENTIF, Pierre. Entrevista com Niklas Luhmann. In: ARNAUD, André-Jean; LOPES JR., Dalmir (Org.). **Niklas Luhmann: Do sistema social à sociologia jurídica**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 255-300.

GUIMARÃES, Juarez. Interesse Público. In: AVRITZER, Leonardo; BIGNOTTO, Newton; GUIMARÃES, Juarez; STARLING, Heloisa Maria Murgel (Org.). **Corrupção**. Ensaios e críticas. 2. ed. Belo Horizonte: UFMG, 2012. p. 147-151.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**, v. 1. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012.

HENRIQUE, Angélica da Trindade. **Corrupção e gastos públicos: um estudo empírico para os Municípios de Pernambuco**. 2011. Dissertação (Mestrado em Engenharia da Produção) - Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2011.

HILLER, Petra. Understanding corruption: how systems theory can help. **The good cause: theoretical perspectives on corruption**. Opladen, p. 64-82, 2010. Disponível em: <<http://nbn-resolving.de/urn:nbn:de:0168-ssoar-368792>>. Acesso em: 30 jan. 2015.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

KING, Michael. A verdade sobre a autopoiese no direito. In: _____. **A verdade sobre a autopoiese no direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 41-98.

KING, Michael; THORNHILL, Chris. **Niklas Luhmann's Theory of Politics and Law**. 1. ed. Londres: Palgrave Macmillan, 2003.

KRIEKEN, Robert Van. Legal Reasoning As a Field of Knowledge Production: Luhmann, Bourdieu, and Law's Autonomy. **The annual meeting of the The Law and Society Association**, Chicago, 2009. Disponível em: http://www.allacademic.com/meta/p117089_index.html. Acesso em: 23 nov. 2014.

KUNZLER, Caroline de Moraes. A Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann. **Revista Estudos de Sociologia**, Araraquara, n. 16, p. 123-136, 2004. Disponível em: <seer.fclar.unesp.br/estudos/article/download/146/144>. Acesso em: 20 jan. 2013.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Tradução José Lamego. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009.

LIMA, Fernando Rister de Sousa. **Sociologia do Direito**. O Direito e o Processo à Luz da Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2009.

LINS, Emílio P. P. D'Almeida. A influência das práticas procedimentais extradogmáticas no andamento de processos. In: ADEODATO, João Maurício (Coord.). **Dogmática jurídica e**

direito subdesenvolvido. Uma pesquisa pioneira sobre peculiaridades do Direito brasileiro. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 87-111.

LAGO, Roberto Carlos Brito do. **Democracia e controle social: a denúncia ao Tribunal de Contas da Bahia como instrumento de accountability.** 2008. Dissertação (Mestrado em Políticas Sociais e Cidadania) - Universidade Católica do Salvador, Salvador, 2008.

LIMA, Fernando Rister de Sousa. **Sociologia do Direito.** O Direito e o Processo à Luz da Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2009.

LINS, Emilio P.P. D'Almeida. A influência das práticas procedimentais extradogmáticas no andamento de processos. In: ADEODATO, João M.; MAIA, Alexandre da (Org.) **Dogmática Jurídica e Direito Subdesenvolvido.** Uma pesquisa sobre as peculiaridades do Direito brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 87-111.

LOPES JR., Dalmir. Niklas Luhmann. In: FERREIRA, Lier Pires; GUANABARA, Ricardo; JORGE, Vladimyr Lombardo (Org.). **Curso de Sociologia Jurídica.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 335-353.

_____. O contrato como intertextualidade: o papel do direito privado em face da policontextualidade. In: SCHWARTZ, Germano (Org.). **Juridicização das esferas sociais e fragmentação do direito na sociedade contemporânea.** 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. p. 147-169.

LOPES JR. Eduardo Monteiro. **A Judicialização da Política no Brasil e o TCU.** 1. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2007.

LOSANO, Mario G. **Sistema e estrutura no direito.** v. 1. Das origens à escola histórica. Tradução Carlos Alberto Dástoli. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

_____. **Sistema e estrutura no direito.** v. 2. O século XX. Tradução Carlos Alberto Dástoli. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

_____. **Sistema e estrutura no direito.** v. 3. Do século XX à pós-modernidade. Tradução Carlos Alberto Dástoli. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

LUHMANN, Niklas. A posição dos Tribunais no sistema jurídico. Tradução Peter Naumann. **Revista Ajuris,** Porto Alegre, v. 17, n. 49, p. 149-168, jul. 1990.

_____. **El derecho de la sociedad.** Tradução Javier Torres Nafarrate. 2. ed. Cidade do México: Herder/Universidad IberoAmericana, 2005.

_____. **Los derechos fundamentales como institución.** Aportación a la sociología política. Tradução Javier Nafarrate. 1. ed. Cidade do México: Universidad IberoAmericana, 2010.

_____. **O Iluminismo Sociológico.** Tradução Artur Morão. In: O pensamento de Niklas Luhmann. 1. ed. Covilhã: Universidade da Beira Interior, 2005. p. 19-70.

_____. Inclusão e Exclusão. Tradução Stefan F. Klein. In: BACHUR, João Paulo; DUTRA, Roberto (Org.). **Dossiê Niklas Luhmann.** Belo Horizonte: UFMG, 2013. p. 15-50.

_____. **Introdução à Teoria dos Sistemas**. Tradução Ana Cristina Arantes Nasser. 1. ed. Petrópolis: Vozes, 2009.

_____. **La sociedad de la sociedad**. Tradução Javier Torres Nafarrate. 1. ed. Cidade do México: Herder/Universidad IberoAmericana, 2007.

_____. **Legitimação pelo Procedimento**. Tradução Maria da conceição Corte-Real. Brasília: Universidade de Brasília, 1980.

_____. **Los derechos fundamentales como institución**. Aportación a la sociología política. Tradução Javier Torres Nafarrate. 1. ed. Cidade do México: Universidad IberoAmericana, 2010.

_____. A restituição do décimo segundo camelo: do sentido de uma análise sociológica do direito. Tradução Dalmir Lopes Junior). In: ARNAUD, André-Jean; LOPES JR., Dalmir (Org.). **Niklas Luhmann: Do sistema social à sociologia jurídica**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 33-107.

_____. **Sociologia do Direito I**. Tradução Gustavo Bayer. 1. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983

_____. **Sociologia do Direito II**. Tradução Gustavo Bayer. 1. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985.

MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander. Teoria dos Sistemas. In: AVRITZER, Leonardo; BIGNOTTO, Newton; FILGUEIRAS, Fernando; GUIMARÃES, Juarez; STARLING, Heloísa (Org.). **Dimensões Políticas da Justiça**. 1. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.

MAIA, Paulo Sávio Peixoto. O Direito da Sociedade Moderna: Os 40 anos do “Iluminismo Sociológico” de Niklas Luhmann. **Pensar**. Revista de Ciências Jurídicas. Fortaleza. v.14, n. 1, 2009. Disponível em: <ojs.unifor.br/index.php/rpen/article/download/826/1569>. Acesso em: 18 ago. 2014.

MATURANA ROMESÍN, Humberto; VARELA GARCÍA, Francisco J. **De Máquinas y Seres Vivos**. Autpoiesis: La organización de lo vivo. 5. ed. Santiago: Editorial Universitaria, 1994.

MATTA, Roberto Da. **O que faz do Brasil, Brasil?**. Rio de Janeiro: Rocco, 1986.

MEDAUAR, Odete. **Controle da Administração Pública**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MELO, Elaine Faria de. Os novos desafios dos tribunais de contas. **Revista do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p. 52-70, jan./jun. 2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 21. ed. São Paulo: Malheiros editores, 2006.

MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo G. G. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MIRANDA, Álvaro Guilherme. **Desenho institucional do Tribunal de Contas no Brasil (1890 a 2013):** Da legislação simbólica ao "gerencialismo público" do ajuste fiscal. 2013. Tese (Doutorado em Economia) - Instituto de Economia, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2013.

_____. **Mudança institucional do Tribunal de Contas:** Os oito modelos debatidos na Constituinte de 1988 para o sistema de fiscalização do Brasil. 2009. Dissertação (Mestrado em Economia) - Instituto de Economia, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro. 2009.

MOISÉS, José Álvaro. **Corrupção Política e Democracia no Brasil Contemporâneo.** In: MOISÉS, José Álvaro e MENEGUELLO (Org.). **A Desconfiança Política e os seus Impactos na Qualidade da Democracia**. 1. ed. São Paulo: USP, 2013.

NAFARRATE, Javier Torres. Niklas Luhmann. **La política como sistema.** Lecciones publicadas por Javier Torres Nafarrate. 1. ed. Cidade do México: Universidad Iberoamericana, 2009.

NEVES, Clarissa Eckert Baeta; NEVES, Fabrício Monteiro. **O que há de complexo no mundo complexo?** Niklas Luhmann e a Teoria dos Sistemas Sociais. Porto Alegre: Sociologias [online] n. 15, p. 182-207, 2006.

NEVES, Marcelo. Aumento de complexidade nas condições de insuficiente diferenciação funcional: o paradoxo do desenvolvimento social da América Latina. In: SCHWARTZ, Germano (Org.). **Juridicização das esferas sociais e fragmentação do direito na sociedade contemporânea**. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. p. 199-228

_____. **A constitucionalização simbólica**. 2. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. A Constituição e a esfera pública. Entre diferenciação sistêmica, inclusão e reconhecimento. In: BACHUR, João Paulo e DUTRA, Roberto (Org.). **Dossiê Niklas Luhmann**. 1. ed. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2013. p. 105-147.

_____. **Entre Hidra e Hércules.** Princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico, 1. ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2013

_____. **Entre Têmis e Leviatã:** uma relação difícil. O Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

_____. Eu não vejo o que tu vês. In: ALMEIDA, Jorge de e BADER, Wolfgang (Org.). **Pensamento Alemão no Século XX**, v. 1, 1. ed. São Paulo: Cosac Naify, 2009. p. 257-273.

_____. E se faltar o décimo segundo camelo? Do direito expropriador ao direito invadido. In: ARNAUD, André-Jean e LOPES JR., Dalmir (Org.). **Niklas Luhmann: Do sistema social à sociologia jurídica**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 33-107.

NEVES, Rômulo Figueira. A Teoria dos Sistemas Sociais de Niklas Luhmann. Entrevista com Marcelo Neves. **Plural; Sociologia, USP**. São Paulo, v. 11, p. 121-133, jul./ dez. 2004.

NYE, Joseph. S. Corruption and Political Development: A Cost-Benefit Analysis. In: **The American Political Science Review**. Cambridge, v. 61, n. 2, p. 417-427, jun. 1967.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Escritório contra Drogas e Crime (Unodc). **Comentários aos Princípios de Bangalore de Conduta Judicial**. Tradução: Marlon da Silva Malha e Ariane Emílio Kloth. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2008. Disponível em: <<http://columbo2.cjf.jus.br/portal/publicacao/download.wsp?tmp.arquivo=2002>>. Acesso em 19 jan. 2015.

PAGOTTO, Leopoldo Ubiratan Carreiro. **O combate à corrupção**: a contribuição do direito econômico. 2010. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

PAIVA, Juliana e SAKAI, Fernanda. **Quem são os Conselheiros dos Tribunais de Contas?** Transparência Brasil, abr. 2014. Disponível em: <http://www.atricon.org.br/wpcontent/uploads/2014/04/TransparenciaBrasil_TribunaisdeContas_Abril2014.pdf>. Acesso em: 05 fev. 2015.

PARSONS, Talcott. **O sistema das sociedades modernas**. Tradução Dante Moreira Leite. São Paulo: Pioneira, 1974.

PASQUINO, Gianfranco. Corrupção. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco (Org.). **Dicionário de Política**, v. 1. 5. ed. Dicionário de Política. Tradução Carmem C. Varriale et al. Brasília: Unb; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2004.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Lei de improbidade administrativa comentada**. São Paulo: Atlas, 2009.

PEDRON, Flávio Quinaud. **Direito, Política e Constituição para a Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann**. Disponível em: <https://www.academia.edu/1414603/DIREITO_POL%C3%8DTICA_E_CONSTITUI%C3%87%C3%83O_PARA_A_TEORIA_DOS_SISTEMAS_DE_NIKLAS_LUHMANN>. Acesso em: 20 out. 2013.

PEREIRA, Carlos; MELO, Marcus André. Reelecting Corrupt Incumbents in Exchange for Public Goods: Rouba Mas Faz in Brazil. **Latin American Research Review – LARR**, v. 51, n. 1, 2014. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2423543>. Acesso em: 08 jan. 2014. Não publicado.

PEREIRA, Geailson Soares. O Direito como Sistema Autopoiético. **Revista CEJ**. Brasília, v. 15, n. 55, p. 86-92, 2011.

PEREIRA, José Matias. Reforma do Estado e Transparência: estratégias de controle na corrupção do Brasil. In: VII CONGRESO INTERNACIONAL DEL CLAD SOBRE LA REFORMA DEL ESTADO Y DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, n. 7, 2002, Lisboa. **Anais...** Disponível em:

<<http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/clad/clad0044105.pdf>>. Acesso em: 18 dez. 2014.

_____. Reforma do Estado e controle da corrupção no Brasil. **Caderno de Pesquisas em Administração**, São Paulo, v. 12, n. 2, p. 1-17, abr./jun. 2005.

PESSANHA, Charles. Controle externo: a função esquecida do Legislativo no Brasil. In: SCHWARTZMAN, Luisa Farah et al. (Org.). **O Sociólogo e as Políticas públicas**: Ensaios em Homenagem a Simon Schwartzman. Rio de Janeiro: FGV, 2009. p. 243-258.

PESSOA, João Gustavo de Paiva; SILVA, José Alexandre Fonseca da. Sistemas de controle externo- abordagem sobre os sistemas anglo-saxão e o latino-americano. **Revista Controle**, Fortaleza: Tribunal de Contas do Estado do Ceará, v. 10, n. 2, p. 223-244, jul./ dez. 2012.

PINTO, Marília Muricy Machado. Racionalidade do direito, justiça e interpretação. Diálogo entre a teoria pura e a concepção luhmanniana do direito como sistema autopoietico. In: BOUCAULT, Carlos E. de Abreu; RODRIGUEZ, José Rodrigo (Org.). **Hermenêutica Plural**. Possibilidades jusfilosóficas em contextos imperfeitos. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 103-125.

PINTO, Céli Regina Jardim. **A banalidade da corrupção**. Uma forma de governar o Brasil. 1. ed. Belo Horizonte: UFMG, 2011.

PÍTSICA, George Brasil Paschoal. Cidadania, transparência, proteção do erário e os Tribunais de Contas. **Revista Controle**, Fortaleza: Tribunal de Contas do Estado do Ceará, v. 10, n. 2, p. 111-123, jul./ dez. 2012.

RABAULT, Hugues. A contribuição epistemológica do pensamento de Niklas Luhmann: um crepúsculo para o Aufklärung? Tradução Dalmir Lopes Jr. In: ARNAUD, André-Jean; LOPES JR., Dalmir (Org.). **Niklas Luhmann**: Do sistema social à sociologia jurídica. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 345-370.

RAZ, Joseph. **O conceito de sistema jurídico**. Uma introdução à teoria dos sistemas jurídicos. Tradução Maria Cecília Almeida. São Paulo: Marins Fontes, 2012.

REIS, Márlon. **O Nobre Deputado**. Relato Chocante (e Verdadeiro) de como nasce, cresce e se perpetua um corrupto na Política Brasileira. Rio de Janeiro: Leya, 2014.

RIBAS JUNIOR, Salomão. **Corrupção Pública e privada**: Quatro Aspectos: Ética no Serviço Público, Contratos, Financiamento Eleitoral e Controle. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

RIBEIRO, Antonio Magalhães. **Origens, Cultura e Tolerância Social à Corrupção no Brasil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Hexis, 2014.

ROCHA, C. Alexandre Amorim. **O modelo de controle externo exercido pelos Tribunais de Contas e as proposições legislativas sobre o tema**. Estudo de Consultoria Legislativa. Senado Federal, Brasília, 2002. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/156/41.pdf?sequence=4>>. Acesso em: 13 jan. 2015.

ROCHA, Leonel Severo. Autopoiese e teoria do direito. In: SCHWARTZ, Germano (Org.). **Juridicização das esferas sociais e fragmentação do direito na sociedade contemporânea**. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. p. 9-28.

_____. Da epistemologia jurídica normativista ao construtivismo sistêmico II. In: ROCHA, Leonel S., SCHWARTZ, Germano e CLAM, Jean. **Introdução à teoria do sistema autopoietico do Direito**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 11-44.

_____. Observações sobre a observação Luhmanniana. In: **A verdade sobre a autopoiese no direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 11-40.

RODRIGUES, Juliana Silva; ALCÂNTARA, Julliana Vasconcelos de. A competência dos Tribunais de Contas estaduais acerca do julgamento das contas dos prefeitos que exercem a função de ordenadores de despesa. **Revista Controle**, Fortaleza: Tribunal de Contas do Estado do Ceará, v. 11, n. 1, p. 46- 68, jan./ jun. 2013.

ROSENN, Keith. The Jeito. Brazil's Institutional Bypass of the Formal Legal System and its developmental implications. In: **The American Journal of Comparative Law**. Michigan, v. 19, n. 3, p. 514-549, 1971.

ROTHSTEIN, Bo. Anti-Corruption – A Big Bang Theory. **Quality of Government Institute**. Gotemburg, 2007. Disponível em:
<http://www.pol.gu.se/digitalAssets/1350/1350652_2007_3_rothstein.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2015.

SAAD-DINIZ, Eduardo. Economia e direito na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann. In: SIMPÓSIO EM INICIAÇÃO CIENTÍFICA DA FACULDADE DE DIREITO DA USP, N.1, 2013, Ribeirão Preto. **Anais eletrônicos...** Sao Paulo: USP, 2013. Disponível em:
<http://myrtus.uspnet.usp.br/pesqfdrp/portal/docs/anais/primeiro_simposio_iniciacao_cientifica_fdrp/papers/Artigo%20Prof.%20Eduardo%20Saad%20Diniz.pdf>. Acesso em: 11 set. 2013.

SANTOS, José Manuel (Org.). **O pensamento de Niklas Luhmann**. 1. ed. Covilhã: Universidade da Beira Interior, 2005.

SCHWARTZ, Germano. A fase pré-autopoietica do sistema luhmanniano. In: ROCHA, Leonel S.; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. **Introdução à teoria do sistema autopoietico do Direito**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 45-75.

_____. Autopoiese e direito: auto-observações e observações de segundo grau. In: **A verdade sobre a autopoiese no direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 99-143.

_____. **Direito & Rock**. O BRock e as expectativas normativas da Constituição de 1988 e do Junho de 2013. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

SEÑA, Jorge F. Malem. **La corrupción, Aspectos éticos, económicos, políticos y jurídicos**. 1. ed. Barcelona: Gedisa Editorial, 2002.

SILVA, Ana Cárta Muniz da. Desburocratização dos Mecanismos Estatais na Modernidade

Periférica. Juizados Especiais Criminais e acesso à Justiça no Brasil. In: ADEODATO, João Maurício (Coord.). **Dogmática jurídica e direito subdesenvolvido**. Uma pesquisa pioneira sobre peculiaridades do Direito brasileiro. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 255-286.

SILVA, Artur Stamford. Teoria reflexiva da decisão jurídica: observações a partir da teoria dos sistemas que observam. In: SCHWARTZ, Germano (Org.). **Juridicização das esferas sociais e fragmentação do direito na sociedade contemporânea**. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. p. 29-58

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

_____. O Ministério Público junto aos Tribunais de Contas. **Revista Interesse Público**, n. 26, p. 256-264, 2004. Belo Horizonte, ano 6, n. 26, jul. / ago. 2004

SIMIONI, Rafael. **Curso de Hermenêutica Jurídica Contemporânea**. Do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico. Curitiba: Juruá, 2014.

_____. O que a decisão jurídica observa? Contribuições da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann às teorias pós-positivistas da decisão jurídica. In: SCHWARTZ, Germano (Org.). **Juridicização das esferas sociais e fragmentação do Direito na sociedade contemporânea**. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 85-107.

SIMIONI, Rafael; MIRANDA, Daniela. Direito, silêncio e corrupção: um diálogo com Niklas Luhmann e Jürgen Habermas. **Revista da Faculdade de Direito**, Caxias do Sul, v. 15, p. 59-81, 2005. Disponível em: <www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/.../25351-25353-1-PB.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2015.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Como os juízes decidem? Proximidades e divergências entre as teorias da decisão de Jürgen Habermas e Niklas Luhmann. **Revista Sequência**, Florianópolis, n. 59, p. 61-88, dez. 2009.

SIMÕES, Edson. **Tribunais de Contas**. Controle externo das contas públicas. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

SIRAQUE, Vanderlei. **Controle Social da Função Administrativa do Estado**. São Paulo: Saraiva, 2009.

SOUZA, Jessé. Niklas Luhmann, Marcelo Neves e o “culturalismo cibernético” da moderna teoria sistêmica. In: BACHUR, João Paulo; DUTRA, Roberto (Org.). **Dossiê Niklas Luhmann**. 1. ed. Belo Horizonte: UFMG, 2013. p. 149-182.

SOUZA, Wilson Alves de. **Acesso à Justiça**. 1. ed. Salvador: Dois de Julho, 2011.

SPECK, Bruno Wilhelm. Estreitar o relacionamento entre Tribunais de Contas Estaduais com o Poder Legislativo – Uma estratégia para aumentar a eficácia da auditoria governamental nos Estados Brasileiros. **Revista Gestão Pública e Controle Externo**, Tribunal de Contas do Estado da Bahia, p. 100-111, 2013.

_____. Fraude e corrupção como desafios para as democracias contemporâneas. In: **A Democracia como projeto para o Século XXI**. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer. Série Debates, nº 17, 1998. p. 39-58.

_____. Inovação e rotina no Tribunal de Contas da União: o papel da instituição superior de controle financeiro no sistema político-administrativo do Brasil. **Série Pesquisas**, n. 21. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, outubro 2000.

_____. Mensurando a corrupção: uma revisão de dados provenientes de pesquisas empíricas. Os Custos da Corrupção. **Cadernos Adenauer**, n. 10. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2000.

_____. Tribunais de Contas. In: AVRITZER, Leonardo, BIGNOTTO, Newton, GUIMARÃES, Juarez e STARLING, Heloisa Maria Murgel (Org.). **Corrupção**. Ensaios e críticas. 2. ed. Belo Horizonte: UFMG, 2012. p. 461-467.

TÄNZLER, Dirk; MARAS, Konstadinos; GIANNAKOPOULOS, Angelos; ROGOWSKI, Ralf. The Social Construction of Corruption: Theoretical Reflections In: _____. **The Social Construction of Corruption in Europe**. Londres: Ashgate, 2012. p. 13-31.

TEIXEIRA, Vilmar Agapito. O controle da corrupção: desafios e oportunidades para o TCU. In: SOUSA JUNIOR, José Geraldo de (Org.). **Sociedade democrática, direito público e controle externo**. Brasília: TCU e UnB, 2006. p. 333-356.

TEUBNER, Günther. **O direito como sistema autopoietico**. Ttradução José Engracia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

TRINDADE, André. **Para entender Luhmann e o direito como sistema autopoietico**. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

_____. **Os direitos fundamentais em uma perspectiva autopoietica**. 1. ed. Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2007.

TULCHIN, Josphe et al. **Combating Corruption in Latin America**. Washington: JHUP, 2000.

VASCONCELLOS, Maria José Esteves de. **Pensamento Sistêmico**. O novo paradigma da ciência. 8. ed. Campinas: Papirus, 2009.

VILELA, Maria Diogenilda de Almeida. Alternativas de Alteração na Composição e Formas de escolha dos membros dos Tribunais de Contas dos Municípios, dos Estados e da União. **Estudo de Consultoria Legislativa**. Brasília, 2003. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/documentos-e-pesquisa/publicacoes/estnottec/tema6/pdf/306581.pdf>>. Acesso em: 17 jan. 2015.

VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. **Teoria dos Sistemas e o Direito brasileiro**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

WILEMAN, Marianna Montebelo. Desconfiança institucionalizada, democracia monitorada e instituições superiores de controle no Brasil. **Revista do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, v. 2, n. 6, p. 64-89. jul./dez. 2013.

ZIMMERMANN, Augusto. 'Do you know whom you are talking to? The subordination of Law to Social Status in Brazil. **The Western Australian Jurist**. Perth, v. 3, p. 213-230, 2012.

ZYMLER, Benjamin. **Direito Administrativo e Controle**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.