

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

**CAIO PRYL OCKE**

**A ESPECULAÇÃO DO STF SOBRE “LIBERDADE  
ECONÔMICA” DAS PEQUENAS EMPRESAS: UMA ANÁLISE  
ECOLÓGICA DA PRÁTICA DECISÓRIA DO TRIBUNAL**

**Salvador  
2024**

**CAIO PRYL OCKE**

**A ESPECULAÇÃO SOBRE “LIBERDADE ECONÔMICA” DAS  
PEQUENAS EMPRESAS NO STF: UMA ANÁLISE  
ECOLÓGICA DA PRÁTICA DECISÓRIA DO TRIBUNAL**

Trabalho apresentado ao Programa de Pesquisa e Pós-graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, como requisito para obtenção do grau de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Wálber Araujo Carneiro.

**Salvador  
2024**

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

O16 Ocke, Caio Pryl  
A especulação sobre “liberdade econômica” das pequenas  
empresas no STF: uma análise ecológica da prática decisória do  
tribunal / Caio Pryl Ocke. – 2024.  
102 f.

Orientador: Prof. Dr. Wálber Araujo Carneiro.  
Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal da Bahia,  
Faculdade de Direito, Salvador, 2024.

1. Brasil - Supremo Tribunal Federal. 2. Liberdade. 3. Teoria dos  
Sistemas. 4. Comunicação. 5. Empresas. I. Carneiro, Wálber Araujo.  
II. Universidade Federal da Bahia - Faculdade de Direito. III. Título.

CDD – 347.035

CAIO PRYL OCKE

**A ESPECULAÇÃO DO STF SOBRE “LIBERDADE ECONÔMICA” DAS  
PEQUENAS EMPRESAS: UMA ANÁLISE ECOLÓGICA DA PRÁTICA  
DECISÓRIA DO TRIBUNAL**

Trabalho apresentado ao Programa de Pesquisa e Pós-graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Wálber Araujo Carneiro.

Salvador/BA, 10 de outubro de 2024.

Banca Examinadora:

---

Prof. Dr. Wálber Araujo Carneiro

Doutor em Direito Público pela Unisinos  
Universidade Federal da Bahia

---

Rafael Lazzarotto Simioni

Doutor em Direito Público pela Unisinos  
Faculdade de Direito do Sul de Minas

---

André Alves Portella

Doutor em Direito Financeiro e Tributário pela Universidad Complutense de Madrid  
Universidade Federal da Bahia

## RESUMO

Esta pesquisa trata da análise da comunicação intersistêmica do Supremo Tribunal Federal (STF) sob a forma de especulação frente ao conceito de “liberdade econômica”, diante das expectativas normativas das pequenas e médias empresas brasileiras enquadradas no regime tributário do SIMPLES Nacional. O marco teórico principal da pesquisa é a Teoria dos Sistemas, de Niklas Luhmann, juntamente com a proposta brasileira de Rafael Simioni da Comunicação Intersistêmica de aperfeiçoamentos do pensamento do autor alemão. Assim, foi abordado o conceito de comunicação intersistêmica da forma tradicional e aperfeiçoada para, posteriormente, ser feito o aprofundamento nas bases teóricas e metodológicas da análise ecológica do Direito (AEcoD), em especial a discussão sobre a *poiese* primeira, o conceito de cuidado (*Sorge*) e o método funcional-comparativo. Em seguida, foi feita a localização do tribunal constitucional e, em específico, o STF na Teoria dos Sistemas. Depois, foi introduzida a problemática central. O sistema social da economia não consegue perceber o seu entorno e traz apenas o problema da concorrência, o que é mal especulado pelo tribunal. A política não vê esse problema, pois encontra-se em um ponto cego. Chegou-se à conclusão de que há efeitos deletérios ambientais decorrentes da má especulação do STF no contexto brasileiro, pois o sistema tributário do SIMPLES acaba por impedir que os mais pobres tenham acesso às políticas fiscais de desoneração tributária, bem como não há perspectivas de melhora, inclusive com a reforma tributária em curso.

**Palavras-chave:** Supremo Tribunal Federal; Liberdade; Teoria dos Sistemas; Comunicação; Empresas.

## ABSTRACT

This research deals with the analysis of the intersystemic communication of the Brazilian Supreme Court (STF) in the form of speculation regarding the concept of “economic freedom”, in view of the normative expectations of small and medium-sized Brazilian companies included in the SIMPLES Nacional tax regime. The main theoretical framework of the research is Niklas Luhmann’s Systems Theory, together with Rafael Simioni’s Brazilian proposal of Intersystemic Communication for improvements to the German author’s thinking. Thus, the concept of intersystemic communication was approached in the traditional and improved form, and then the theoretical and methodological bases of the ecological analysis of Law (AEcoD) were deepened, especially the discussion on first poiesis, the concept of care (Sorge) and the functional-comparative method. Next, the location of the constitutional court and, specifically, the STF in the Systems Theory was made. Then, the central problem was introduced. The social system of the economy is unable to perceive its surroundings and only brings the problem of competition, which is poorly speculated by the court. Politics does not see this problem, as it is in a blind spot. It has been concluded that there are harmful environmental effects resulting from the bad speculation of the STF in the Brazilian context, as the SIMPLES tax system ends up preventing the poorest from having access to tax relief policies, and there is no prospect of improvement, including with the ongoing tax reform.

**Keywords:** Federal Supreme Court; Freedom; Systems Theory; Communication; Companies.

## Sumário

<b>1. INTRODUÇÃO .....</b>	<b>6</b>
<b>2. A INEXISTÊNCIA DA COMUNICAÇÃO INTERSISTÊMICA NA TEORIA DOS SISTEMAS LUHMANNIANA .....</b>	<b>7</b>
<b>3. DA COMUNICAÇÃO INTERSISTÊMICA.....</b>	<b>14</b>
<b>3.1 Sobre a possibilidade da comunicação intersistêmica na Teoria dos Sistemas: a proposta de Rafael Simioni.....</b>	<b>15</b>
<b>3.2 O sistema do Direito da sociedade e as comunicações intersistêmicas .....</b>	<b>20</b>
<b>3.3 A proposta da análise ecológica na Teoria dos Sistemas: bases teóricas e metodológicas</b>	<b>23</b>
<b>3.4 O Direito da sociedade observado pela análise ecológica .....</b>	<b>32</b>
<b>4. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E SEU LOCAL NO SISTEMA DO DIREITO BRASILEIRO.....</b>	<b>43</b>
<b>4.1 Tribunais constitucionais como sistemas organizacionais dentro do sistema do Direito</b>	<b>43</b>
<b>4.2 O Supremo Tribunal Federal brasileiro na Teoria dos Sistemas .....</b>	<b>55</b>
<b>5. A “ESPECULAÇÃO” DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE O CONCEITO DE “LIBERDADE” NO AMBIENTE ECONÔMICO E A POLÍTICA PÚBLICA DO SIMPLES NACIONAL.....</b>	<b>68</b>
<b>5.1 Das especulações realizadas pelo Supremo Tribunal Federal nos casos judiciais .....</b>	<b>69</b>
<b>5.2 Da distinção igualdade/desigualdade no paradigma do neoliberalismo.....</b>	<b>74</b>
<b>5.3 Os efeitos deletérios da má especulação e a reentrada do déficit para com a prestação funcional de isonomia complexa .....</b>	<b>81</b>
<b>6. CONCLUSÃO .....</b>	<b>93</b>
<b>7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	<b>94</b>

## 1. INTRODUÇÃO

No âmbito do Direito brasileiro, o Supremo Tribunal Federal (STF) é posto à frente de diversos desafios da sociedade moderna, que tem se tornado cada vez mais complexa. Isso tem provocado o sistema do Direito, e o tribunal por consequência, a promover operações diversas das que ocorriam anteriormente, bem como observar com maior acuidade o seu ambiente social para, inclusive, ficar atento aos perigos que surgem dele. Portanto, o tribunal, como organização, teve que começar a praticar operações não vistas antes (ou com preocupações e observações diferentes das anteriores), além de se comunicar intersistemicamente com o seu ambiente (tanto o sistema do Direito como demais sistemas funcionais e organizações) de forma muito mais dinâmica e ativa. Entre essas novas formas de comunicação, surge um movimento de “especulação” dentro do tribunal que merece um devido aprofundamento.

Neste trabalho, tratamos da especulação realizada pelo STF no conceito de “liberdade”, mas não na ótica generalizada, muitas vezes sufocante, da maioria das pesquisas jurídicas. O enfoque se dá sobre a liberdade que o tribunal diz haver para as pequenas e médias empresas brasileiras, que lhe demandam expectativas de inclusão sobre a problemática do regime tributário do SIMPLES Nacional. Para isso, nesta pesquisa trabalhamos com o que seria uma comunicação intersistêmica, sua impossibilidade dentro da teoria de Niklas Luhmann e, posteriormente, sua abertura de possibilidade com a proposta de Rafael Simioni. Definidos os contornos da comunicação intersistêmica, abrimos a problemática da ecologia da Teoria dos Sistemas, o que demandou que fincássemos as bases teóricas e metodológicas da análise ecológica – marco teórico de análise deste trabalho. Após isso, foi necessário localizar o tribunal constitucional e do STF, em específico, dentro da Teoria dos Sistemas e da sociedade global. Ao final, discutimos a forma de decisão do STF no centro e na periferia do sistema (já que ele tem essa característica dual), o que seria essa especulação do seu ambiente, tanto do sistema do Direito como dos demais sistemas funcionais e organizações, e alguns casos de destaque julgados para, depois, localizar tal especulação na Teoria dos Sistemas e diferenciá-la de outras especulações realizadas por outras organizações, se for o caso.



## 2. A INEXISTÊNCIA DA COMUNICAÇÃO INTERSISTÊMICA NA TEORIA DOS SISTEMAS LUHMANNIANA

Para Niklas Luhmann, a sociedade contemporânea pode ser analisada através da concepção de que sistemas sociais comunicacionais se irritam entre si e, eventualmente, provocam ressonâncias entre si. A comunicação é a parte mais elementar da sociedade. Sua abordagem é um contraponto às teorias sociais antecedentes que focaram a ação social, pois as teorias da ação dependem de uma percepção fora do mundo em uma relação sujeito/objeto, algo que Luhmann considera impossível<sup>1</sup>, porque o homem em si não consegue conhecer.

Para sustentar esse ponto, ele dirá que entender que o homem em si pode conhecer é afirmar que o mundo é imutável, não erra, e o homem erra ou acerta em suas acepções<sup>2</sup>. Em sentido contrário, as teorias sociais voltadas à complexidade da sociedade moderna verificarão que as concepções de mundo são relativas e cheias de subjetividades, diferentemente do pensado por ideias transcendentais<sup>3</sup>. Luhmann ajustará essa concepção relativista/subjetivista para fora de uma noção de arbitrariedade – as concepções de mundo possíveis são aquelas socialmente inteligíveis<sup>4</sup>. Ele também afastará epistemologias transcendentais que buscam a unidade do homem. Este será um mero artefato utilizado pela *consciência* para conhecer. Para isso, será necessário juntar o conhecimento com a vida, a fim de encontrar possibilidades de erros. Não há como conhecer sem a presença da vida, só ela traz os erros para essa “equação”, que é uma condição para o conhecimento<sup>5</sup>. Ocorre que os resultados das operações da consciência ou “percepções” estarão inacessíveis para outras percepções; são uma verdadeira “caixa preta”<sup>6</sup>. A percepção não é comunicável aos outros, apenas a comunicação é comunicável<sup>7</sup>. Assim,

---

<sup>1</sup> LUHMANN, Niklas. **La ciência de la sociedad**. Tradução de Silvia Pappe, Brunhilde Erker e Luis Felipe Segura. Ciudad de Mexico: Universidad Iberoamericana, 1996. (Autores, textos y temas. Ciencias Sociales). p. 14-22.

<sup>2</sup> LUHMANN, Niklas. **La ciencia de la sociedad**. Tradução de Silvia Pappe, Brunhilde Erker e Luis Felipe Segura. Ciudad de Mexico: Universidad Iberoamericana, 1996. (Autores, textos y temas. Ciencias Sociales). p. 14 e 17.

<sup>3</sup> LUHMANN, Niklas. **La ciencia de la sociedad**. Tradução de Silvia Pappe, Brunhilde Erker e Luis Felipe Segura. Ciudad de Mexico: Universidad Iberoamericana, 1996. (Autores, textos y temas. Ciencias Sociales). p. 16.

<sup>4</sup> LUHMANN, Niklas. **La ciencia de la sociedad**. Tradução de Silvia Pappe, Brunhilde Erker e Luis Felipe Segura. Ciudad de Mexico: Universidad Iberoamericana, 1996. (Autores, textos y temas. Ciencias Sociales). p. 16.

<sup>5</sup> LUHMANN, Niklas. **La ciencia de la sociedad**. Tradução de Silvia Pappe, Brunhilde Erker e Luis Felipe Segura. Ciudad de Mexico: Universidad Iberoamericana, 1996. (Autores, textos y temas. Ciencias Sociales). p. 17.

<sup>6</sup> LUHMANN, Niklas. **La ciencia de la sociedad**. Tradução de Silvia Pappe, Brunhilde Erker e Luis Felipe Segura. Ciudad de Mexico: Universidad Iberoamericana, 1996. (Autores, textos y temas. Ciencias Sociales). p. 18.

<sup>7</sup> LUHMANN, Niklas. **La ciencia de la sociedad**. Tradução de Silvia Pappe, Brunhilde Erker e Luis Felipe Segura. Ciudad de Mexico: Universidad Iberoamericana, 1996. (Autores, textos y temas. Ciencias Sociales). p. 20.

afirmará que a construção teórica tradicional do *alter ego*, que replica a experiência alheia dentro da própria consciência, vem socorrer a consciência como uma “dupla prova” para o indivíduo saber se o que está percebendo ao seu redor é correto. A Teoria dos Sistemas alterará esse conceito no âmbito comunicacional. Para Luhmann, a experiência do outro (*alter ego*) como consciência não é interessante, mas sim a diferença relacional entre a comunicação e a informação que, por consequência, gera sentido<sup>8</sup>. Essa comunicação, baseando-se em uma percepção e consciência, permite que se observem e se comuniquem eventuais erros, o que não era possível com a mera consciência. O enfoque sai da observação e passa para o observador (sistema) e suas observações numa perspectiva de observação de segunda ordem. Assim, a distinção sujeito/objeto é substituída por sistema/entorno, quando na observação externa, e sistema/elemento, quando na observação interna, e a ação social é trocada por uma ação comunicativa.

A comunicação é um processo seletivo em três “etapas” – fala-se aqui em “etapas” apenas em uma justificativa de explicação teórica do ocorrido, pois tudo será simultâneo e em breves instantes. Com isso, ela inicia com a seleção, no mundo, de uma diferença (*informação*) sobre a qual se pretende comunicar. Ela apenas fará sentido no marco de referência da comunicação e dos sistemas sociais, e sem ela não existe informação. A partir da seleção da informação que deseja ser comunicada é que os sistemas irão selecionar como se comunicar (*ato de comunicar*) e realizar essa comunicação<sup>9</sup>. Diferentemente do pensado por Habermas, a comunicação não terá necessariamente uma intenção consensual – é forçoso falarmos até no requisito de intenção; ela poderá buscar a cisão ou o dissenso. A informação e a comunicação podem ser aceitas ou recusadas<sup>10</sup>. Estas duas “etapas”, apesar de sucessivas e concomitantes, terão sua unidade apenas com a terceira (*ato de entender*), que acaba por vê-los como uma unidade (comunicar) e também como uma diferença (informação/comunicação), situando-se em um nível diverso.

---

<sup>8</sup> LUHMANN, Niklas. **La ciência de la sociedade**. Tradução de Silvia Pappe, Brunhilde Erker e Luis Felipe Segura. Ciudad de Mexico: Universidad Iberoamericana, 1996. (Autores, textos y temas. Ciencias Sociales). p. 19.

<sup>9</sup> LUHMANN, Niklas. **Introdução à teoria dos sistemas**. Tradução de Ana Cristina Arantes Nasser. 3ª ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2011. p. 300-301.

<sup>10</sup> LUHMANN, Niklas. **Introdução à teoria dos sistemas**. Tradução de Ana Cristina Arantes Nasser. 3ª ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2011. p. 303.

Através do entender que a comunicação é possibilitada, percebe-se que sem ele não haveria como falar que algo está sendo comunicado<sup>11</sup>. Há um entendimento de que o sistema promoverá suas operações de forma interna e dentro do seu próprio código, possibilitando a autopoiesis<sup>12</sup>. Aqui, mais uma vez diverso de Habermas, Luhmann afirmará que o entendimento deve ser simples: ou se aceita o entendimento da comunicação, ou se rejeita; sim ou não. Diferentemente de outros autores, Luhmann entende que, mesmo rejeitando a diferença entre informação/comunicação que foi apresentada, já houve uma mudança em quem pratica o entendimento, sendo isso admissível ou não<sup>13</sup>. Uma negação de sentido também tem um sentido<sup>14</sup>. Há uma absorção da incerteza (*uncertainty absorption*), e o entender se orienta pelo que é imediatamente compreendido. Não há motivos para perquirimos o passado buscando comunicações que não foram entendidas<sup>15</sup>. Assim, abole-se a ideia de comunicação como uma transmissão de informações. Esse tipo de modelo é incorreto por três motivos: (a) o comunicador não se desfaz de nada, (b) não há como sabermos o estado do pensamento interno dos interlocutores e (c) o processo comunicacional é simultâneo (comunicar-entender), não havendo atos isolados, como se quer levar a crer<sup>16</sup>.

Nessa linha de pensamento de que toda comunicação pressupõe percepções da consciência, falta ainda aquilo que acopla ambos os sistemas. Esse *locus* seria resolvido pela linguagem, porque esta acaba por fazer o acoplamento entre o que é comunicado e o que é pensado, apesar de não conseguir traduzir com a mesma velocidade o que se constrói na mente e o que é dito por conta da óbvia limitação da fala humana. A linguagem não poderá constituir um sistema próprio. Separar a linguagem em um sistema seria afirmar que existe uma divisão clara entre linguagem e não linguagem, que ela poderia impor limites ao seu sistema, o que não acontece<sup>17</sup> – é impossível haver comunicação sem a linguagem para lhe dar articulação. Ademais, a

---

<sup>11</sup> LUHMANN, Niklas. **Introdução à teoria dos sistemas**. Tradução de Ana Cristina Arantes Nasser. 3ª ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2011. p. 304-305.

<sup>12</sup> LUHMANN, Niklas. **Introdução à teoria dos sistemas**. Tradução de Ana Cristina Arantes Nasser. 3ª ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2011. p. 305-307.

<sup>13</sup> LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociais: esboço de uma teoria geral**. Tradução de Antonio C. Luz Costa, Roberto Dutra Torres Júnior e Marco Antonio dos Santos Casanova. Petrópolis: Editora Vozes, 2016. p. 171.

<sup>14</sup> LUHMANN, Niklas. **Introdução à teoria dos sistemas**. Tradução de Ana Cristina Arantes Nasser. 3ª ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2011. p. 239.

<sup>15</sup> LUHMANN, Niklas. **Introdução à teoria dos sistemas**. Tradução de Ana Cristina Arantes Nasser. 3ª ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2011. p. 305-306.

<sup>16</sup> LUHMANN, Niklas. **Introdução à teoria dos sistemas**. Tradução de Ana Cristina Arantes Nasser. 3ª ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2011. p. 296-299.

<sup>17</sup> LUHMANN, Niklas. **La ciência de la sociedad**. Tradução de Silvia Pappé, Brunhilde Erker e Luis Felipe Segura. Ciudad de Mexico: Universidad Iberoamericana, 1996. (Autores, textos y temas. Ciencias Sociales). p. 43-44

linguagem não é signo para uma outra coisa (isto é importante para a comunicação) nem reflete objetos do mundo, e seguirmos essa concepção faria qualquer coisa se tornar signo. Da mesma forma, o corpo humano também não terá um aspecto relevante na teoria, pois ele é condição pressuposto para a existência de consciência, linguagem e pensamento, mas acaba sendo o acoplamento estrutural da mente com o ambiente externo e entrando no mesmo ponto cego do sistema psíquico.

Como dito logo antes, a falta da capacidade da linguagem para tornar-se signo de algo acaba por afastá-la do conceito de sistema, pois, na comunicação, toda expressão possui sinais de sentido e é devido a eles que formamos os sistemas sociais<sup>18</sup>. Explicamos: a linguagem em si mesma tem limitações para realizar a aceitação da comunicação; ela precisa de mais alguma coisa para ocorrer<sup>19</sup>. Isso foi resolvido pela constituição dos *meios de comunicação simbolicamente generalizados*. Esses meios nada mais são do que uma conquista evolucionária da sociedade, em que há generalizações de comunicações de forma a permitir uma melhor conexão entre seleções e motivações condensadas em um código através de uma diferença observada na sociedade (pagamento/não pagamento, direito/não direito, amor/ódio)<sup>20</sup>. Os meios não são limitados a uma compreensão de comunicação em condições complexas, em uma seleção que garanta uma compreensão suficiente, mas pressupõem tudo isso<sup>21</sup>. Esses meios permitem que sejam realizadas comunicações muito mais complexas que exclusivamente linguísticas, inclusive de comunicações que, a princípio, não seriam bem compreendidas, mas que com o tempo vão sendo aceitas em sociedade. Por conta dos meios, a probabilidade de aceitação da comunicação aumenta de maneira considerável<sup>22</sup>.

Através dessa concepção de comunicação social (e não linguagem ou pensamento), a sociedade moderna *de alguma forma* especializou sua comunicação, constituindo o que chamamos de sistemas sociais<sup>23</sup>. Nos textos de Luhmann, não há uma explicação precisa quanto a como teria

---

<sup>18</sup> LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociais: esboço de uma teoria geral**. Tradução de Antonio C. Luz Costa, Roberto Dutra Torres Júnior e Marco Antonio dos Santos Casanova. Petrópolis: Editora Vozes, 2016. p. 169.

<sup>19</sup> LUHMANN, Niklas. **Introdução à teoria dos sistemas**. Tradução de Ana Cristina Arantes Nasser. 3ª ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2011. p. 311.

<sup>20</sup> LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociais: esboço de uma teoria geral**. Tradução de Antonio C. Luz Costa, Roberto Dutra Torres Júnior e Marco Antonio dos Santos Casanova. Petrópolis: Editora Vozes, 2016. p. 185-186.

<sup>21</sup> LUHMANN, Niklas. **Introdução à teoria dos sistemas**. Tradução de Ana Cristina Arantes Nasser. 3ª ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2011. p. 311.

<sup>22</sup> LUHMANN, Niklas. **Introdução à teoria dos sistemas**. Tradução de Ana Cristina Arantes Nasser. 3ª ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2011. p. 311.

<sup>23</sup> LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociais: esboço de uma teoria geral**. Tradução de Antonio C. Luz Costa, Roberto Dutra Torres Júnior e Marco Antonio dos Santos Casanova. Petrópolis: Editora Vozes, 2016. p. 185-186.

ocorrido essa variação evolutiva. O que se pode presumir é que, em algum momento da sociedade, a comunicação por meio de uma linguagem desdiferenciada deixou de fornecer uma objetividade semântica e passou a necessitar de uma linguagem diferenciada – portanto, gerando uma especialização da comunicação. Isso gerou uma exigência de algo que resolvesse as contingências decorrentes do ganho de complexidade, daí surgindo os sistemas sociais. De toda forma, os sistemas serão cognoscitivamente abertos e operacionalmente fechados (autopoieticos), bem como utilizam códigos binários para se organizar e operar. Esses sistemas não são máquinas triviais, e aquilo que constitui seu *input* não será necessariamente seu *output*, pois operam de forma complexa. Disso decorre que, a cada irritação, o sistema cria estruturas não perenes que vão auxiliá-lo nessa operação para redução da complexidade, criação de redundância e estabilidade relativa.

Essas irritações serão constantes, pois existe um desnível de complexidade significativo entre o ambiente e o sistema. O ambiente sempre será mais complexo que o sistema da sociedade. A princípio, não haverá estruturas, operações ou qualquer outro tipo de elemento que remeta o sistema da sociedade, exceto, talvez, dados<sup>24</sup>. Por esse motivo, ele é o “horizonte de informação processada a que se refere por trás o sistema”<sup>25</sup>. Ele é a maior possibilidade para o sistema, que o calcula através de seus próprios cálculos. O sistema apenas pode ver o que pode ver, e o meio ambiente é um significativo horizonte de informações. Assim, não haverá comunicação entre o sistema e seu entorno; no máximo, distúrbios comunicativos que se relacionam consigo mesmos, tal qual uma ressonância ecológica, que pode afetar o sistema de maneira tal que haja, dentro dele, ressonâncias próprias para outros subsistemas de forma a comunicar riscos ecológicos<sup>26</sup>.

Esse entorno englobará tanto o meio ambiente natural como o ambiente social, através de outros sistemas que não aquele em referência (quando, obviamente, não estamos pondo em referência a sociedade como um todo)<sup>27</sup>. Assim, a gama de informações de sentido que são “direcionadas”

---

<sup>24</sup> LUHMANN, Niklas. **Die Gesellschaft der Gesellschaft**. Frankfurt am Main: Suhrkamp Taschenbuch Verlag, 1998. Tradução e notas de Leonel Severo Rocha. p. 30.

<sup>25</sup> LUHMANN, Niklas. **Die Gesellschaft der Gesellschaft**. Frankfurt am Main: Suhrkamp Taschenbuch Verlag, 1998. Tradução e notas de Leonel Severo Rocha. p. 34.

<sup>26</sup> ROCHA, Leonel Severo. WEYERMULLER, André Rafael. Comunicação ecológica por Niklas Luhmann. **Revista de Novos Estudos Jurídicos – Eletrônica**, vol. 19, n. 1, jan-abr, 2014, p. 249. Disponível em: [www.univali.br/periodicos](http://www.univali.br/periodicos). Acesso em 03 de dez. de 2022.

<sup>27</sup> LUHMANN, Niklas. **Die Gesellschaft der Gesellschaft**. Frankfurt am Main: Suhrkamp Taschenbuch Verlag, 1998. Tradução e notas de Leonel Severo Rocha. p. 60.

ao sistema permite estabelecer a diferença sistema/ambiente no momento em que o sistema se estrutura<sup>28</sup>. Nesse mesmo sentido, o sistema, em sua compreensão, conseguirá fazer a diferenciação, em seu ambiente externo, entre o ambiente e os demais sistemas e ali organizar esses sistemas de uma forma que lhe seja mais racional<sup>29</sup> – alguns sistemas irão até mesmo estipular diferenças dentro do ambiente, tais como amigo/inimigo, perto/longe etc., tudo como forma de melhor racionalizar o ambiente e promover algum tipo de unidade. Dessa forma, o sistema estará buscando operar e processar a complexidade de informações trazidas do meio ambiente e construindo sua diferenciação externa.

De outro lado, há ainda a diferenciação interna do ambiente interno do sistema. Essa diferenciação não é obrigatória para a existência de um sistema social – existem sistemas sociais simples de contato entre presentes que a prescindem, porém são pouco perenes e detêm um nível de complexidade muito baixo, o que não é satisfatório e muito singular para uma análise a partir da Teoria dos Sistemas. Quando analisamos sob o nível dos sistemas sociais na sociedade moderna, os sistemas sociais complexos precisam se diferenciar internamente, dentro de seus próprios ambientes, que terão uma complexidade reduzida em comparação com o ambiente externo, de forma a operacionalizar suas operações de maneira mais eficaz<sup>30</sup>. É através da diferenciação interna que será elaborada uma auto-observação e uma reflexão dos limites externos do sistema, fortalecendo-os e diferenciando-os do seu entorno, especialmente se essa diferenciação interna tiver o mínimo de contato com o ambiente, a ponto de nem interagir com o que chega de informações por ele<sup>31</sup>. Enquanto isso, um conceito secundário da reflexão será a reflexividade – o fazer valer da unidade do sistema quando, em seus processos, houver uma necessidade de alteração significativa de suas estruturas, portanto gerando um processo intermediário, um processo do processo, o qual permite ao processo selecionar e pensar até mesmo no que não selecionou, refletindo, assim, sobre seus recursos<sup>32</sup>. Enquanto a reflexão permite ao sistema se auto-observar e se diferenciar do seu entorno, digamos, de modo bastante livre, “estática”, a reflexividade permite ao sistema, durante seus processos, refletir

---

<sup>28</sup> LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociais: esboço de uma teoria geral**. Tradução de Antonio C. Luz Costa, Roberto Dutra Torres Júnior e Marco Antonio dos Santos Casanova. Petrópolis: Editora Vozes, 2016. p. 209.

<sup>29</sup> LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociais: esboço de uma teoria geral**. Tradução de Antonio C. Luz Costa, Roberto Dutra Torres Júnior e Marco Antonio dos Santos Casanova. Petrópolis: Editora Vozes, 2016. p. 214.

<sup>30</sup> LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociais: esboço de uma teoria geral**. Tradução de Antonio C. Luz Costa, Roberto Dutra Torres Júnior e Marco Antonio dos Santos Casanova. Petrópolis: Editora Vozes, 2016. p. 219-220.

<sup>31</sup> LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociais: esboço de uma teoria geral**. Tradução de Antonio C. Luz Costa, Roberto Dutra Torres Júnior e Marco Antonio dos Santos Casanova. Petrópolis: Editora Vozes, 2016. p. 210.

<sup>32</sup> LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociais: esboço de uma teoria geral**. Tradução de Antonio C. Luz Costa, Roberto Dutra Torres Júnior e Marco Antonio dos Santos Casanova. Petrópolis: Editora Vozes, 2016. p. 511-512.

sobre a necessidade de alterações de suas estruturas e dos próprios processos, também de maneira livre, “dinâmica”.

Com a construção dessas duas diferenciações (interna e externa), alguns sistemas sociais irão utilizar o esquema *input/output* para reconstruir-se com base na combinação entre si e o seu ambiente, tornando-se dependente em certos aspectos, bem como ganhando independência em outros<sup>33</sup>. Assim, um sistema pode melhorar a prestação levada ao ambiente no limite *output* ou então limitar as informações que são comunicadas no seu limite *input* – tudo dependerá da sua relação e adaptação com o seu ambiente.

A Teoria dos Sistemas é bem clara ao definir a comunicação como uma operação relacionada com a diferença sistema/ambiente. O sistema compreende que há sistemas dentro do ambiente, porém a complexidade desse horizonte de informação é tamanha, que não haveria como comunicar-se direta e unicamente com um estrato desse ambiente. Pode haver, como dito antes, ordenações racionais feitas pelo sistema para melhor compreender as informações ambientais e até mesmo a compreensão de relações dos sistemas com os *ambientes deles*<sup>34</sup>, porém essa é uma diferenciação interna e estrutural realizada para si, e não uma comunicação. Da mesma forma, qualquer concepção teórica de que um sistema “dominaria” ou seria “dependente” de outro nada mais é do que a capacidade de um sistema dispor melhor de *si mesmo* do que de outros. Luhmann dirá que os sistemas no ambiente do sistema são determinados apenas por seus ambientes, e qualquer determinação que seja imposta às suas relações externas será a de “destruição”<sup>35</sup>.

Essa relação comunicativa do sistema para com o seu ambiente leva ao questionamento quanto à existência de uma relação de comunicação do sistema para com o sistema dentro do seu ambiente. A comunicação posta por Luhmann é bastante limitativa no tocante à diferença sistema/ambiente. As relações estabelecidas serão as dos sistemas com seus ambientes e nada mais, então não faz sentido tratarmos de comunicação intersistêmica, pois temos que partir de um referencial que sempre será um sistema diante de sua diferença, que sempre será o ambiente

---

<sup>33</sup> LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociais: esboço de uma teoria geral**. Tradução de Antonio C. Luz Costa, Roberto Dutra Torres Júnior e Marco Antonio dos Santos Casanova. Petrópolis: Editora Vozes, 2016. p. 231-232.

<sup>34</sup> LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociais: esboço de uma teoria geral**. Tradução de Antonio C. Luz Costa, Roberto Dutra Torres Júnior e Marco Antonio dos Santos Casanova. Petrópolis: Editora Vozes, 2016. p. 214-215.

<sup>35</sup> LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociais: esboço de uma teoria geral**. Tradução de Antonio C. Luz Costa, Roberto Dutra Torres Júnior e Marco Antonio dos Santos Casanova. Petrópolis: Editora Vozes, 2016. p. 34-35.

(sempre mais complexo, como já dito). De igual modo, as comunicações-prestações do sistema poderão ser precedidas de melhores seleções para uma individualização para o ambiente, mas esta será uma diferenciação interna. Além disso, as informações que chegarão virão do todo, cabendo ao sistema, internamente, promover também suas seleções.

Com isso, chega-se à conclusão de que os sistemas não se comunicam com os sistemas do seu ambiente; eles recebem as irritações, adaptam-se e devolvem-se em prestações para o ambiente como um todo, porém não há uma individualização dessa prestação. Em princípio, acreditara-se que a falta de comunicação seria uma maneira de manter a estabilidade relativa dos sistemas sociais e os afastar de irritações desnecessárias. Todavia, a falta de uma comunicação intersistêmica acaba por esconder pontos cegos e efeitos latentes das operações dos sistemas sociais frente aos seus ambientes (também outros sistemas sociais). O conceito de autopoieses faz com que os sistemas autopoieticos apenas pensem em sua própria sobrevivência sem nenhum tipo de preocupação com o ambiente<sup>36</sup>, apesar de ser notável que o ambiente tem provocado efeitos na sociedade<sup>37</sup>. Por conta disso, a Teoria dos Sistemas impossibilitou análises nesse sentido até o ponto que foi desenvolvida por Luhmann. De toda maneira, parece-nos precipitado firmar uma impossibilidade de diagnósticos ecológicos. Deve haver alternativas a, posteriormente, possibilitar variações evolutivas mais complexas e refinadas diante da observação desses efeitos ambientais significantes. Assim, elaborar uma comunicação menos ortodoxa na Teoria dos Sistemas é o primeiro passo para uma observação com preocupação ecológica, como veremos adiante.

### 3. DA COMUNICAÇÃO INTERSISTÊMICA

Apesar das limitações, conforme discorrido anteriormente, do pensamento de Luhmann, ele nunca propôs que sua teoria fosse limitante e entendeu que os conceitos podem ser reformulados futuramente, através de “novas combinações”, possibilitando que novas abordagens surjam e antigas limitações sejam, em parte, superadas<sup>38</sup>.

---

<sup>36</sup> LUHMANN, Niklas. **Ecological communication**. Tradução de John Bednarz Jr. Cambridge: University of Chicago Press, 1989. p. 14.

<sup>37</sup> LUHMANN, Niklas. **Ecological communication**. Tradução de John Bednarz Jr. Cambridge: University of Chicago Press, 1989. p. 01.

<sup>38</sup> LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociais: esboço de uma teoria geral**. Tradução de Antonio C. Luz Costa, Roberto Dutra Torres Júnior e Marco Antonio dos Santos Casanova. Petrópolis: Editora Vozes, 2016. p. 13.



Um *ensaio* sobre o que seria essa comunicação intersistêmica pode ser observado no fenômeno da interpenetração na Teoria dos Sistemas. A interpenetração consiste em um fenômeno existente entre sistemas que são ambiente uns dos outros e se utilizam dos mesmos ou de parecidos elementos em suas operações<sup>39</sup>. Ela é possível desde que se considere que os sistemas são autopoieticos e que cada um retém sua complexidade – esta não será apreensível totalmente pelo outro sistema; são tratados como desordem<sup>40</sup>. A interpenetração não será um nexo de prestações, mas sim um nexo de constituições, de estabilidades relativas do sistema frente à sua complexidade e à complexidade do outro<sup>41</sup>. Apesar disso, a interpenetração não se confunde com a comunicação na teoria de Luhmann, o que exige uma nova abordagem.

### **3.1 Sobre a possibilidade da comunicação intersistêmica na Teoria dos Sistemas: a proposta de Rafael Simioni**

Nesse contexto de novas abordagens, temos a proposta de comunicação intersistêmica apresentada por Rafael Simioni<sup>42</sup> em sua obra *Direito Ambiental e sustentabilidade*. Inicialmente, a obra trata do aspecto específico do problema do Direito Ambiental dentro da Teoria dos Sistemas. Esse ramo do Direito é uma grande tensão em termos de variação na teoria, pois, enquanto os demais ramos do Direito se “satisfazem” dentro do código binário do sistema (lícito/ilícito), o Direito Ambiental não consegue operar através da trivialização e redundância existentes das operações sistêmicas, cabendo a ele um conhecimento que, supostamente, extravasaria os limites do sistema, tais como noção de consequências, conhecimentos econômicos, científicos etc. Essa necessidade de um conhecimento enciclopédico infinito gera um círculo de causalidades “infernais”<sup>43</sup>.

---

<sup>39</sup> LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociais: esboço de uma teoria geral**. Tradução de Antonio C. Luz Costa, Roberto Dutra Torres Júnior e Marco Antonio dos Santos Casanova. Petrópolis: Editora Vozes, 2016. p. 241

<sup>40</sup> LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociais: esboço de uma teoria geral**. Tradução de Antonio C. Luz Costa, Roberto Dutra Torres Júnior e Marco Antonio dos Santos Casanova. Petrópolis: Editora Vozes, 2016. p. 242.

<sup>41</sup> LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociais: esboço de uma teoria geral**. Tradução de Antonio C. Luz Costa, Roberto Dutra Torres Júnior e Marco Antonio dos Santos Casanova. Petrópolis: Editora Vozes, 2016. p. 246.

<sup>42</sup> O Prof. Rafael Simioni é Pós-doutor em Filosofia e Teoria do Direito pela Faculdade de Direito de Coimbra, Doutor em Direito Público pela UNISINOS e Mestre em Direito pela Universidade de Caxias do Sul. Possui vasta bibliografia na área da Teoria dos Sistemas, sendo atualmente pesquisador-líder do grupo de pesquisa “Margens do Direito” da Faculdade de Direito do Sul de Minas.

<sup>43</sup> SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Direito ambiental e sustentabilidade**. Curitiba: Juruá, 2011. p. 70-71.

De forma a resolver esse “impasse”, Simioni propõe que esqueçamos o “o quê”, o enfoque da substancialização e das tradicionais formas de observação (causais), e foquemos o “como”, as operações reflexivas de observação. O Direito Ambiental observa o sistema econômico, mas também, do outro lado da forma, como o sistema econômico observa o Direito Ambiental<sup>44</sup>. Isso ainda não resolve o problema da comunicação intersistêmica. Examinar como o Direito Ambiental observa o seu ambiente não resolve a complexidade da grande quantidade de informações e generalizações simbólicas que existem, e é impossível percebê-las como um todo. As contingências da Economia e do Direito são complexas, porém são o que forma esses sistemas: apenas existe o sistema do Direito porque existe algo que não é Direito. Assim, a junção de duas contingências em uma mesma comunicação seria problemática, e uma anularia a outra<sup>45</sup>. Por conta disso, para a Teoria dos Sistemas, o problema da comunicação intersistêmica se torna um desafio semelhante ao da dupla contingência dos sistemas psíquicos. Enquanto a falta de clareza e o problema da indeterminação (dupla contingência) entre os sistemas psíquicos levaram à criação dos sistemas sociais, a dupla contingência dos sistemas sociais não possui, na teoria de Luhmann, uma resposta teórica<sup>46</sup>.

Simioni explicará que o Direito, para se compreender como Direito, deve entender o que existe do outro lado da diferença. O sistema precisa compreender que existem elementos de sentido que não estão no seu código binário, que elementos são esses e diferenciá-los da sua comunicação – é uma “técnica” necessária para a autonomia de qualquer sistema autopoietico. Essa dinâmica gera o fechamento operacional do sistema. Assim, apenas um observador de fora poderia afirmar que existem tipos de relações intersistêmicas, mas nunca os próprios sistemas. Para que um sistema o fizesse, seria necessário que ele tivesse a capacidade de agregar todos os códigos binários da “intersistemacidade” pretendida e substituir os demais sistemas em tais códigos, o que não é empiricamente verificável.

Todavia, isso não impede que se verifiquem as aberturas cognitivas de um sistema que busca se comunicar e de outro sistema que apreende a comunicação, ambos numa relação com seus próprios ambientes. O que permite a observação de tais aberturas é exatamente a comunicação, que é um elemento duplo de meio (linguagem) e forma (informação)<sup>47</sup>. Simioni sugerirá que os

---

<sup>44</sup> SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Direito ambiental e sustentabilidade**. Curitiba: Juruá, 2011. p. 71-72.

<sup>45</sup> SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Direito ambiental e sustentabilidade**. Curitiba: Juruá, 2011. p. 74-75.

<sup>46</sup> SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Direito ambiental e sustentabilidade**. Curitiba: Juruá, 2011. p. 77.

<sup>47</sup> SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Direito ambiental e sustentabilidade**. Curitiba: Juruá, 2011. p. 91.

sistemas sociais, quando buscam compreender o ambiente para “resolvê-lo” – ele chamará de *observação intersistêmica* –, aplicam a técnica da reconstrução interna, que não seria um espelhamento do ambiente, mas sim

(...) uma realidade autoconstruída pelo próprio sistema, uma realidade emergente, sinérgica, auto-organizada, autoproduzida particularmente pelo sistema a partir de uma constante e histórica reaplicação de uma distinção (código binário) às suas próprias distinções (re-entry).<sup>48</sup>

Com isso, o sistema irá reconstruir a realidade social do seu meio ambiente através do seu próprio código binário como filtro, diminuindo a complexidade da realidade e auxiliando o sistema a tomar uma decisão. Do contrário, haveria a desintegração do sistema por perda de identidade.

Simioni comentará que um observador poderá, arbitrariamente, notar a possibilidade de um sistema, nesse momento de reconstrução interna, atualizar-se para empregar os códigos externos em suas operações sistêmicas<sup>49</sup>. Há um risco grande em tal empreitada, tendo em vista que o emprego de um novo código gerará uma indeterminação e volatilidade muito altas nas operações, e o risco de desintegração aumenta consideravelmente. Teubner sugere que fossem divididos os códigos do sistema com a operação sistêmica, e o código externo apenas fosse adaptado para efeitos de operações em casos bastante particulares e sem pretensões de universalização; todavia, o risco de desintegração permanece<sup>50</sup>. De toda forma, esse emprego de códigos externos dentro do sistema é uma arbitrariedade que não é operacionalizada pelo próprio sistema, mas apenas a partir de uma observação de segundo grau.

Apesar da observação intersistêmica, ela ainda não gera uma interferência de um sistema no outro produzindo irritações. Isso será possível através das *codificações secundárias*. Luhmann as conceituou como *tecnificação* do meio – ou seja, redução da complexidade do processamento de informação de forma a facilitar a transposição do lado positivo e negativo de uma codificação binária<sup>51</sup>. Por exemplo, o dinheiro gera uma codificação secundária da propriedade. O código

---

<sup>48</sup> SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Direito ambiental e sustentabilidade**. Curitiba: Juruá, 2011. p. 93.

<sup>49</sup> SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Direito ambiental e sustentabilidade**. Curitiba: Juruá, 2011. p. 95.

<sup>50</sup> SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Direito ambiental e sustentabilidade**. Curitiba: Juruá, 2011. p. 94.

<sup>51</sup> “I call facilitation of crossing from value to opposing value and back as technicization of the medium—in the sense of easing information processing in accepting and taking account of all the concrete meaning relations that are implicated. We might think of logic primarily as a form for scientific calculus. But this is a special case of technicity. Other methods attain a substantial level of technicization through a structure that I call secondary coding; the foremost cases are the secondary coding of property through money and the secondary coding of power

propriedade/não propriedade da Economia é abstrato demais para compreensão numa relação concreta social baseada apenas na troca de objetos; assim, a comunicação através do dinheiro facilita ao observador verificar se há o aspecto positivo do código (“propriedade”, como possuir uma grande quantidade de dinheiro) e cria um novo código secundário de pagamento/não pagamento<sup>52</sup>. Isso é uma redução da complexidade do código binário para uma tecnificação melhor de sentido. Essa tecnificação pode criar um novo sistema funcional, como ocorreu com o código do poder que levou a um código secundário do lícito/ilícito, gerando, portanto, o sistema do Direito. Assim, a relação “secundária” depende do seu referencial – o lícito/ilícito é secundário para o poder, mas principal para o Direito.

As codificações secundárias são interessantes, pois elas não são exclusivas de um único sistema e auxiliam a tecnificação da comunicação. Elas podem ser utilizadas por diversos sistemas através de símbolos de sentido específico, mantendo-se a mesma forma e, portanto, gerando irritações intersistêmicas. Simioni utiliza como exemplo a lei: ela é o símbolo de sentido mais importante para o Direito, mas até mesmo a lei possui uma codificação secundária. Quando há a previsão de uma sanção pecuniária, o Direito deve utilizar a codificação secundária pagamento/não pagamento, que é predominante na Economia. Da mesma forma, a sanção penal (poder/sujeição) é uma codificação secundária que predomina na política. Assim, seguindo o exemplo, o sistema da Economia, quando observa o Direito e vê uma lei com sanção pecuniária, não está observando a lei através do código binário lícito/ilícito, e sim através do seu próprio código binário. Esse é o ponto que lhe interessa, porém deverá compreender que existe um código diverso e secundário (lícito/ilícito), mesmo que em reconstrução interna, para poder generalizar simbolicamente suas operações<sup>53</sup>.

*A codificação secundária* se comportará então como um acoplamento estrutural do sistema, fazendo com que ele possa gerar irritações intersistêmicas em outros sistemas. Uma mudança na forma da lei ou das sentenças no que toca às sanções econômicas ressoará para o sistema da

---

through law. In both cases, the positive value is again duplicated, in that we can use property in money to pay or not to pay, and can exercise power lawfully or unlawfully—but not, of course, if we have no property at all or no power at all. Secondary coding goes along with abstraction. Since the monetarization of property, the economy has been interested only in the abstract difference between property and nonproperty in relation to specific things or rights”. LUHMANN, Niklas. **Theory of Society**: volume 01. Translated by Rhodes Barrett. Stanford: Stanford University Press, 2012. p. 220.

<sup>52</sup> BARALDI, Claudio; Corsi, Giancarlo; ESPOSITO, Elena. **Unlocking Luhmann**: a keyword introduction to systems theory. Tradução por Katherine Walker. Bielefeld: Bielefeld University Press. p. 79-80.

<sup>53</sup> SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Direito ambiental e sustentabilidade**. Curitiba: Juruá, 2011. p. 105-107.

Economia, assim como uma mudança importante na forma do comportamento contratual de atores econômicos ressoará no Direito modificando a forma da lei ou da sentença<sup>54</sup>.

Uma terceira forma de haver uma comunicação intersistêmica é através dos *sistemas de organização*. Estes se encontram à margem dos sistemas sociais e, por isso, conseguem assimilar informações de todos os sistemas sociais à sua maneira e tomar decisões que são de seu interesse. Os sistemas organizacionais diferem dos sistemas sociais, pois não pretendem ser simbolicamente generalizados em universalização de suas informações, mas sim específicos e sem a utilização de códigos binários. Da mesma forma, os sistemas sociais observam os sistemas de organização e, partindo de suas decisões influenciadas por outros sistemas, acabam também observando outros sistemas. Os sistemas de organização tornam-se acoplamentos estruturais interessantes para os sistemas sociais<sup>55</sup>. Quanto melhor o acoplamento estrutural, ou seja, quanto melhor a sensibilidade da organização para os sistemas sociais, melhor será a decisão tomada e mais precisa será a informação assimilada pelos sistemas sociais no *feedback*.

A última forma de comunicação intersistêmica proposta por Simioni seriam os sistemas de interação, criados apenas com a finalidade de haver uma comunicação entre presentes – uma conversa no bar, uma denúncia em ouvidoria de polícia, uma opinião televisiva de um especialista, por exemplo –, o que gera um acoplamento efêmero meramente operacional, bem como os movimentos de protesto, que, apesar de não serem sistemas de organização ou interação (não há decisões formalizadas e não há interação de diálogo entre os presentes), acabam por gerar ruídos observáveis pelos sistemas sociais<sup>56</sup>.

Como conclusão parcial, temos que, conforme a proposta de Simioni, a Teoria dos Sistemas comporta a existência de comunicação intersistêmica, primeiramente, através da observação intersistêmica, ao reconstruir o ambiente dentro do sistema para tomar decisões. Além disso, pode haver irritações intersistêmicas através das codificações secundárias, quando o sistema, para realizar certas operações, tem o auxílio de codificação secundária diversa da principal, e esta é a codificação que gerará irritações intersistêmicas. Fora essas comunicações intersistêmicas originadas nos sistemas sociais, há os acoplamentos estruturais realizados pelos sistemas de organização, quando eles apreendem as informações do ambiente para tomar

---

<sup>54</sup> SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Direito ambiental e sustentabilidade**. Curitiba: Juruá, 2011. p. 108.

<sup>55</sup> SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Direito ambiental e sustentabilidade**. Curitiba: Juruá, 2011. p. 111.

<sup>56</sup> SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Direito ambiental e sustentabilidade**. Curitiba: Juruá, 2011. p. 119-122.

decisões, e os sistemas de interação e meios de protesto, que geram acoplamentos efêmeros e ruídos, respectivamente, que afetam os sistemas sociais.

### **3.2 O sistema do Direito da sociedade e as comunicações intersistêmicas**

O sistema do Direito é um sistema social voltado especialmente para uma programação condicional indeterminada. Isso significa que suas operações partem de um código (direito/não direito) por meio do qual se observam situações para determinar se estão de acordo ou não com a sua programação. Simioni explica que o Direito terá uma profunda dificuldade nesse intento, pois a regulamentação da vida social é feita através da Política, que expede constantemente diversos normativos buscando atender aos anseios sociais (o que será, inevitavelmente, frustrado). Assim como a maior parte dos sistemas sociais tem uma função, a do Direito é atender às expectativas de solução de conflitos trazidos pelo ambiente, para afirmar quais são normativos e quais são meramente cognitivos – esse é um problema interno do sistema<sup>57</sup>. A frustração dos outros sistemas com as repostas (prestações) do sistema do Direito não caracteriza a perda da função do sistema; o Direito tem a autonomia de dizer o que estará dentro de suas operações e o que será considerado lícito, bem como até mesmo mudar de posicionamento no tempo que desejar. Essa frustração faz com que haja uma busca por equivalentes funcionais, gerando ondas de desregulamentação ou soluções extrajudiciais. Porém, o que os demais sistemas realmente desejam é que o Direito esteja atento às consequências de suas decisões – uma pretensa comunicação intersistêmica.

Para esclarecer essa problemática, Simioni aborda o problema do Direito Ambiental e da sustentabilidade. O Direito não consegue dar respostas satisfatórias para os problemas ambientais, pois estes fogem do programa condicional jurídico. Suas decisões deveriam, dizem os críticos, estar atreladas a análises de consequências e resultados futuros, porque é isso que o Direito Ambiental busca proteger. As outras áreas do Direito também tinham, de uma forma ou de outra, problemas como esse, mas o Direito Ambiental é aquele que escancara a dita ineficiência do sistema do Direito. A solução para isso, diz o autor, é compreendermos que os programas condicionais e os programas finalísticos são um código binário de uma diferença condicional/finalística que resulta entre sistema do Direito e seu ambiente (outros sistemas sociais). Um programa condicional será aquele em que os eventos postos em evidência para

---

<sup>57</sup> SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Direito ambiental e sustentabilidade**. Curitiba: Juruá, 2011. p. 146-147.

análise do sistema são bem delimitados, enquanto no programa finalístico os eventos postos são incertos e sem uma delimitação precisa<sup>58</sup>.

O Direito não consegue incluir a programação finalística nos problemas de Direito Ambiental ou de qualquer outra área; do contrário, a ligação entre os eventos a serem decididos e a programação do sistema seriam “qualquer coisa”<sup>59</sup>. No exemplo dado por Simioni, em um problema de licenciamento ambiental, o Direito apenas pode se limitar a verificar se a empresa atendeu aos requisitos objetivos da portaria específica do órgão, fiscalizar e, no máximo, nas peculiaridades do caso concreto e utilizando-se do princípio da precaução, suspender temporariamente o licenciamento até a empresa comprovar o cumprimento dos requisitos. Se os requisitos do licenciamento são efetivos, se eles se aplicariam perfeitamente à atividade da empresa, se ainda assim haveria poluição, essas são consequências de um futuro incerto que o juiz não pode trazer para a fundamentação da sua decisão, sob pena de desvirtuar o programa do Direito.

Nesse sentido, a programação condicional do Direito aumenta sua previsibilidade (apesar de não impedir alterações súbitas nas operações), o que permite aos demais sistemas sociais se planejar melhor a partir das expectativas que podem ser esperadas por meio das prestações fornecidas anteriormente. O planejamento ocorre sempre no contexto de decisões para o lado positivo da unidade operacional do sistema; sempre nos planejamos para a licitude observando a ilicitude e tomando cuidado com esta<sup>60</sup>. Esse planejamento seria uma programação finalística dos sistemas. Assim, retorna-se o dito: é a programação condicional do Direito que permite a programação finalística do seu ambiente (outros sistemas)<sup>61</sup>. De igual sorte, é a observação do Direito para os programas condicionais dos demais sistemas sociais (economia, política etc.) que pode se organizar para também se planejar através de uma programação finalística do que Simioni sugere, isto é, as referências externas de princípios e valores e também a *orientação pelas consequências*<sup>62</sup>.

O Direito Ambiental acaba fugindo um pouco da lógica da programação condicional pura, pois ele necessita de uma operação mista condicional e finalística, já que toda a sua fundamentação

---

<sup>58</sup> SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Direito ambiental e sustentabilidade**. Curitiba: Juruá, 2011. p. 151-152.

<sup>59</sup> SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Direito ambiental e sustentabilidade**. Curitiba: Juruá, 2011. p. 152.

<sup>60</sup> SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Direito ambiental e sustentabilidade**. Curitiba: Juruá, 2011. p. 203.

<sup>61</sup> SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Direito ambiental e sustentabilidade**. Curitiba: Juruá, 2011. p. 153.

<sup>62</sup> SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Direito ambiental e sustentabilidade**. Curitiba: Juruá, 2011. p. 157.

é baseada em eventos futuros. Por conta disso, trata-se de uma operação orientada por consequências. Para que isso se adeque à operação do Direito e não haja uma perda de sua autonomia, o Direito Ambiental deve trabalhar através da noção de “risco/perigo permitido”. Nessa noção, observando através de normativos do passado, busca-se programar o futuro<sup>63</sup> e, juntamente com a decisão, permitir a inclusão e o debate da comunidade sobre sua conveniência. Essa previsibilidade apenas é possível por meio da codificação secundária da ciência e tecnologia, assim, sendo limitada ao conhecimento científico<sup>64</sup> e tecnológico existente na contemporaneidade da decisão. Para isso, deve haver um acoplamento entre o sistema do Direito e seu ambiente que permita a ele desenvolver essa noção de consequências futuras. O Direito, então, programará o futuro a partir das consequências possíveis vislumbradas pelo seu ambiente, mas continuará atrelado ao seu código direito/não direito no momento da decisão, pois irá dizer se há licitude nas futuras consequências, possibilitando, portanto, que a decisão seja jurídica ao final<sup>65</sup>. Simioni afirmará que a orientação pelas consequências será o *terceiro elemento de valor criativo* que desparadoxa o problema da distinção da programação condicional/finalística e permite que o Direito possa unir os dois<sup>66</sup>.

Diferentemente dos demais ramos do Direito, o Direito Ambiental irá fazer com que o oposto da orientação pelas consequências seja a orientação pela função, e não pela causalidade. A função aqui descrita trata da função do sistema, que não tem uma finalidade específica. Seu objetivo é “sobreviver” no ambiente social, e sua função é praticar todas as operações que possam ser praticadas através do código binário direito/não direito. A orientação pela função é uma orientação que vislumbra as operações do sistema, sua unidade. Isso reflete as normas de Direito Ambiental, que sempre se referem à “função” em determinado dispositivo legal e, portanto, insculpidas dentro do dispositivo legal, permitem uma abertura segura do sistema para

---

<sup>63</sup> Salientamos que, no Direito brasileiro, a noção “tradicional” de processo civil impede que haja prolação de sentenças “condicionais”, sendo aquelas que prestam a jurisdição através de critério e condições que, se satisfeitos, ensejariam a eficácia do comando sentencial, por exemplo, alguém que é condenado a restituir o valor “se” tiver cobrado excessivamente, porém não analise houve ou não a cobrança excessiva. Os tribunais brasileiros consideram isto uma falha de jurisdição. De outro lado, com a inclusão do Direito Ambiental e seus casos concretos em tais tribunais, a noção de sentença orientada para ao futuro e imposição de critérios e condições definidas é bem aceita desde que tais critérios sejam aferíveis, como vemos no caso da proibição de importação de leite da Ucrânia depois do acidente de Chernobyl desde que tal leite tenha sinais de radiação acima da radiação natural (critério indeterminado a ser preenchido pela ciência, nas palavras do próprio relator do caso). Cf. (REsp n. 1.670.267/SP, relator Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 10/5/2022, DJe de 19/5/2022.)

<sup>64</sup> SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Direito ambiental e sustentabilidade**. Curitiba: Juruá, 2011. p. 216.

<sup>65</sup> SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Direito ambiental e sustentabilidade**. Curitiba: Juruá, 2011. p. 159-162.

<sup>66</sup> SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Direito ambiental e sustentabilidade**. Curitiba: Juruá, 2011. p. 163.



analisar a dicotomia expectativa/contingência e verificar os resultados possíveis da operação. Dessa forma, o sistema do Direito, quando opera no sentido do Direito Ambiental, atua como uma operação finalística orientada pelas consequências, referindo-se ao seu programa condicional (norma) através da referência a função<sup>67</sup>.

Em conclusão parcial, temos que a comunicação intersistêmica dentro do sistema do Direito, especialmente no que toca à área do Direito Ambiental, apenas é possível se compreendermos que a operação do sistema é uma operação de programação condicional e orientada pelas funções que tem como outro lado, no ambiente social, uma programação finalística orientada pelas consequências. Essa orientação pelas consequências só será possível através de uma programação condicional dos demais sistemas no ambiente, entrando em evidente paradoxo. Assim, o Direito (no Direito Ambiental) trabalhará com o conceito de risco/perigo e por meio de uma codificação secundária da ciência, porque será necessário compreender a programação condicional desse sistema (e também de outros), de forma a permitir, então, uma previsibilidade necessária.

### **3.3 A proposta da análise ecológica na Teoria dos Sistemas: bases teóricas e metodológicas**

Embora Simioni tenha se preocupado com a comunicação intersistêmica, sua obra não aprofunda como se darão as demais interações do sistema para com o seu ambiente social, o que será realizado posteriormente por meio da análise ecológica dos sistemas, derivado do que Luhmann chamará de comunicação ecológica. Antes, há que se firmarem dois pontos teóricos basilares para a análise ecológica: a Fenomenologia Hermenêutica como horizonte protológico da Teoria dos Sistemas, e o seu método funcional-comparativo.

A Teoria dos Sistemas utiliza a teoria de Husserl na sua heterodescrição das operações do sistema psíquico e para equivalência para a sua teoria do sentido. Essa base pode ser verificada desde antes do seu giro autopoietico, especialmente se analisarmos os seus manuscritos dos anos 1970, em que houve um aprofundamento aos trabalhos da fenomenologia juntamente com

---

<sup>67</sup> SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Direito ambiental e sustentabilidade**. Curitiba: Juruá, 2011. p. 173.

o funcionalismo de Parson, com reflexos em sua obra e seus conceitos-chave<sup>68</sup>. Inicialmente, os trabalhos de Luhmann associavam as comunicações ao conceito de intersubjetividade – isso foi abandonado com o decorrer do tempo<sup>69</sup>. Da mesma forma, quando o conceito de *autopoiesis* foi pensado por Luhmann, ele remetia muito mais à consciência interna husserliana do que ao conceito biológico pensado por Maturana e Varela<sup>70</sup>. Luhmann acreditava que o conceito de “intencionalidade” da fenomenologia – apesar de ser interpretado de maneiras diferentes por Luhmann<sup>71</sup> – detinha elementos que eram capazes de auxiliar uma construção *paralela* do outro lado da consciência, dos sistemas sociais e da comunicação<sup>72</sup>. Entre esses elementos podemos elencar a determinação/indeterminação, que fazem um paralelo com o *marked/unmarked space*; a noção de tempo de Husserl, que contribui com a temporalidade dos sistemas sociais; e a autorreferência e heterorreferência (*ego/alter ego*), que auxiliam na construção da “biestabilidade” dos sistemas<sup>73</sup>. Assim, posteriormente na construção da teoria, os sistemas sociais se tornariam uma teoria especial do campo da comunicação e da “mundanidade”, em que não seria possível verificar intencionalidade ou aspectos de transcendentalidade; de igual forma, não se verifica na consciência a comunicação, um aspecto exclusivo dos sistemas<sup>74</sup>.

Luhmann repensou o seu conceito de comunicação afastando-o da intersubjetividade. Apesar de ambos os autores, tanto Luhmann quanto Husserl, verem a comunicação como um fenômeno complexo, Luhmann vê a comunicação como algo limitado ao social, portanto uma operação não proveniente dos sistemas psíquicos, diferentemente de Husserl, que os localiza na consciência<sup>75</sup> e condiciona a experimentação do mundo objetivo através da formação de uma

---

<sup>68</sup> LEWKOW, Lionel. **Luhmann, intérprete de Husserl**: El observador observado. Buenos Aires: Mino y Davila Editores, 2017. p. 131

<sup>69</sup> LEWKOW, Lionel. **Luhmann, intérprete de Husserl**: El observador observado. Buenos Aires: Mino y Davila Editores, 2017. p. 216-219.

<sup>70</sup> LEWKOW, Lionel. **Luhmann, intérprete de Husserl**: El observador observado. Buenos Aires: Mino y Davila Editores, 2017. p. 132.

<sup>71</sup> LEWKOW, Lionel. **Luhmann, intérprete de Husserl**: El observador observado. Buenos Aires: Mino y Davila Editores, 2017. p. 150.

<sup>72</sup> LEWKOW, Lionel. **Luhmann, intérprete de Husserl**: El observador observado. Buenos Aires: Mino y Davila Editores, 2017. p. 134.

<sup>73</sup> LEWKOW, Lionel. **Luhmann, intérprete de Husserl**: El observador observado. Buenos Aires: Mino y Davila Editores, 2017. p. 160-161.

<sup>74</sup> LEWKOW, Lionel. **Luhmann, intérprete de Husserl**: El observador observado. Buenos Aires: Mino y Davila Editores, 2017. p. 136-137.

<sup>75</sup> LEWKOW, Lionel. **Luhmann, intérprete de Husserl**: El observador observado. Buenos Aires: Mino y Davila Editores, 2017. p. 224.

comunidade de mônadas<sup>76</sup>. Ademais, quando conceitua a compreensão, o filósofo a coloca como a união do significado do comunicado com o sujeito comunicante. A comunicação será os signos da vivência daquele que fala para aquele que ouve; logo, compreender é captar o outro como alguém que promove atos de sentido, quase que em uma “penetração no outro”<sup>77</sup>. Luhmann já conceitua compreensão como a diferença informação/comunicação, que partem de seleções independentes, indo além de “propósitos” ou “intenções” do ego, como já exposto no primeiro capítulo deste estudo. Assim, para Luhmann não há como, através da comunicação, haver uma participação ou penetração na consciência, porque ela é inacessível, especialmente a consciência do outro. De outra forma, com a compreensão da comunicação, Husserl conceitua uma “personalidade de ordem superior” que cria um “mundo circundante” de sociedades funcionais (*Zweckgesellschaften*), que são um sistema de ações que vão além da mera coletividade e assemelham-se a uma pessoa individual, no sentido de que cada consciência e indivíduo é um representante da vontade comunitária em direção ao objetivo comunitário<sup>78</sup>. Este mundo é um pressuposto implícito para a existência dos sistemas sociais, porém, enquanto os sistemas apresentam diferenças de grande complexidade e são feitos apenas de comunicação (fenômeno macrosocial), o mundo circundante de Husserl prevê outras consciências e corpos<sup>79</sup>. Assim, a explicação de como as consciências significam e transitam no mundo social não são suficientes para explicar este mundo<sup>80</sup>. Em resumo, Luhmann limitou o campo da fenomenologia husserliana em sua teoria a um aprofundamento do estudo da consciência e dos sistemas psíquicos, construindo, em paralelo, sua Teoria dos Sistemas Sociais<sup>81</sup>.

Com isso, a Teoria dos Sistemas acabou se tornando o outro lado da forma consciência/comunicação deixada pelo pensamento de Husserl<sup>82</sup>. Haverá uma noção de que existe uma consciência do sistema psíquico e de que ela é conectada à comunicação dos

---

<sup>76</sup> CARNEIRO, Walber Araujo. **Por uma ecologia do sentido**: entre fenomenologia e teoria dos sistemas sociais. (no prelo). p. 04.

<sup>77</sup> LEWKOW, Lionel. **Luhmann, intérprete de Husserl**: El observador observado. Buenos Aires: Mino y Davila Editores, 2017. p. 225.

<sup>78</sup> CARNEIRO, Walber Araujo. **Por uma ecologia do sentido**: entre fenomenologia e teoria dos sistemas sociais. (no prelo). p. 06.

<sup>79</sup> LEWKOW, Lionel. **Luhmann, intérprete de Husserl**: El observador observado. Buenos Aires: Mino y Davila Editores, 2017. p. 226.

<sup>80</sup> CARNEIRO, Walber Araujo. **Por uma ecologia do sentido**: entre fenomenologia e teoria dos sistemas sociais. (no prelo). p. 10.

<sup>81</sup> LEWKOW, Lionel. **Luhmann, intérprete de Husserl**: El observador observado. Buenos Aires: Mino y Davila Editores, 2017. p. 216.

<sup>82</sup> CARNEIRO, Walber Araujo. **Por uma ecologia do sentido**: entre fenomenologia e teoria dos sistemas sociais. (no prelo). p. 13

sistemas sociais através do acoplamento da linguagem<sup>83</sup>, porém essa consciência é uma caixa preta e, portanto, não pode ser acessada pelos demais indivíduos e pela sociedade como um todo, restando à comunicação os reflexos do pensamento<sup>84</sup>. Ambas as perspectivas dependem da análise dos ambientes de seus respectivos entes, bem como valem-se do “sentido” como categoria de desordem de ruídos que abrem possibilidades terceiras não previstas inicialmente<sup>85</sup>. Assim, a interdependência recíproca entre os dois sistemas é “ecológica”<sup>86</sup>.

Apesar de haver diversas equivalências e divergências entre a Fenomenologia Transcendental de Husserl e a Teoria dos Sistemas de Luhmann, a transcendentalidade como fundamento último é o elemento que as afasta, especialmente considerando que ela exige uma pureza e uma redução tais que não cabem no projeto luhmanniano<sup>87</sup>. Assim, mantermo-nos adstritos a apenas essa fenomenologia traz o risco de não conseguirmos desparadoxalizar questões mal respondidas pela Teoria dos Sistemas.

Dessa maneira, a Fenomenologia Hermenêutica criada por Heidegger – um projeto teórico que compreende o “indivíduo como ser-no-mundo, jogado na facticidade, e o observa na sua cotidianidade”<sup>88</sup> – é uma opção viável que permite solucionarmos tais questões. Heidegger não compreende como correta a redução transcendental que afasta entidades do mundo, portanto seu ponto de partida é explicar a estrutura pré-ontológica do *Dasein*, o que apenas é possível explicando o *Dasein*, e isso não foi feito em intentos teóricos anteriores<sup>89</sup>. O *Dasein* irá caminhar de objeto em objeto no mundo, esbarrando em errâncias e construindo a si próprio, assim como é feito de forma histórica por outros antes dele<sup>90</sup>. Ambas as teorias buscarão atentar-

---

<sup>83</sup> LUHMANN, Niklas. **La ciência de la sociedade**. Tradução de Silvia Pappe, Brunhilde Erker e Luis Felipe Segura. Ciudad de Mexico: Universidad Iberoamericana, 1996. (Autores, textos y temas. Ciencias Sociales). p. 40.

<sup>84</sup> LUHMANN, Niklas. **La ciencia de la sociedad**. Tradução de Silvia Pappe, Brunhilde Erker e Luis Felipe Segura. Ciudad de Mexico: Universidad Iberoamericana, 1996. (Autores, textos y temas. Ciencias Sociales). p. 22-24

<sup>85</sup> CARNEIRO, Walber Araujo. **Por uma ecologia do sentido**: entre fenomenologia e teoria dos sistemas sociais. (no prelo). p. 14

<sup>86</sup> CARNEIRO, Walber Araujo. **Por uma ecologia do sentido**: entre fenomenologia e teoria dos sistemas sociais. (no prelo). p. 13

<sup>87</sup> CARNEIRO, Walber Araujo. **Por uma ecologia do sentido**: entre fenomenologia e teoria dos sistemas sociais. (no prelo). p. 14

<sup>88</sup> CARNEIRO, Walber Araujo. **Por uma ecologia do sentido**: entre fenomenologia e teoria dos sistemas sociais. (no prelo). p. 23

<sup>89</sup> CERBONE, David. R. **Fenomenologia**. Tradução de Caesar Souza. 3ª edição. Petrópolis: Editora Vozes, 2014 (Série Pensamento Moderno). p. 72.

<sup>90</sup> BATISTA, João Bosco. A verdade do Ser como Alétheia e errância. **Existência e arte – Revista Eletrônica do Grupo PET**, ano 1, n. 1, jan-dez. 2005. Disponível em <https://www.ufsj.edu.br/porta12->

se para os lados negativos da forma, não como defeitos, mas como diferenças que merecem aprofundamento, aumentam a complexidade do fenômeno e abrem possibilidades não previstas – Heidegger com o ser/ente e Luhmann com sistema/ambiente<sup>91</sup>.

O ponto de divergência está na crítica à técnica. Luhmann meramente descreve a técnica como um aspecto importante da sociedade, em especial quanto a sua importância na temática econômica<sup>92</sup>. Heidegger, por sua vez, encabeçou um empreendimento teórico messiânico que instrumentalizou sua teoria e compreendia que a extinção da sociedade da técnica era a forma de curar a sociedade. Para ele, a técnica é a “vontade de vontade”, que coloniza e determina a vida do homem. Assim, em sua missão, vê a técnica como uma armação colonizadora<sup>93</sup>. Essa armação promove o encobrimento das possibilidades de críticas<sup>94</sup> que precisa ser resolvido. Por conta disso, no âmbito da consciência e na impossibilidade de uma “cura”, gerou-se a noção de “cuidado” (*Sorge*)<sup>95</sup>, em que a Fenomenologia Hermenêutica defende a necessidade de o ser-no-mundo preocupar-se com si próprio quando angustiado com a totalidade e, em decadência, focar o cuidado com os outros<sup>96</sup>. Do outro lado da forma, no fenômeno macrosocial, temos a comunicação ecológica como sua equivalente funcional dentro do mundo da técnica – predatória ao meio ambiente<sup>97</sup>, a qual também já foi palco de críticas parciais pelas teorias modernas, em especial a falta de “diálogo” entre sistemas e o efeito latente do sistema para com o seu ambiente<sup>98</sup>. A questão ambiental torna-se, assim, um ponto privilegiado de observação da autodestruição da sociedade moderna<sup>99</sup>.

---

repositorio/File/existenciaearte/Arquivos/A%20VERDADE%20DO%20SER%20COMO%20ALETHEIA%20E%20ERRANCIA.pdf. Acesso em 03 de dez. de 2022. p. 3

<sup>91</sup> CARNEIRO, Walber Araujo. **Por uma ecologia do sentido**: entre fenomenologia e teoria dos sistemas sociais. (no prelo). p. 25

<sup>92</sup> CARNEIRO, Walber Araujo. **Por uma ecologia do sentido**: entre fenomenologia e teoria dos sistemas sociais. (no prelo). p. 26

<sup>93</sup> CARNEIRO, Walber Araujo. **Por uma ecologia do sentido**: entre fenomenologia e teoria dos sistemas sociais. (no prelo). p. 26

<sup>94</sup> CARNEIRO, Walber Araujo. **Por uma ecologia do sentido**: entre fenomenologia e teoria dos sistemas sociais. (no prelo). p. 27.

<sup>95</sup> CARNEIRO, Walber Araujo. **Por uma ecologia do sentido**: entre fenomenologia e teoria dos sistemas sociais. (no prelo). p. 26

<sup>96</sup> CARNEIRO, Walber Araujo. **Por uma ecologia do sentido**: entre fenomenologia e teoria dos sistemas sociais. (no prelo). p. 28

<sup>97</sup> CARNEIRO, Walber Araujo. **Por uma ecologia do sentido**: entre fenomenologia e teoria dos sistemas sociais. (no prelo). p. 28-29.

<sup>98</sup> CARNEIRO, Walber Araujo. **Por uma ecologia do sentido**: entre fenomenologia e teoria dos sistemas sociais. (no prelo). p. 27.

<sup>99</sup> CARNEIRO, Walber Araujo. **Por uma ecologia do sentido**: entre fenomenologia e teoria dos sistemas sociais. (no prelo). p. 27.

Heidegger irá superar a armação da técnica e encontrar a possibilidade do ser na linguagem através da arte, cujos tradutores primeiros são a filosofia e a poesia. Assim, a *poiese* será esse primeiro momento, a “fala inaugural” do futuro que está se desvelando<sup>100</sup>. Na dobra da linguagem, diante da impossibilidade de representação do “como” hermenêutico, a *poiese* permitirá uma representação primeira apofântica, mesmo com as perdas decorrentes dessa entificação, ultrapassando os limites da armação da técnica<sup>101</sup>. Esse acréscimo é proveitoso à Teoria dos Sistemas, que – apesar de reconhecer uma interpenetração entre sistemas sociais e sistemas psíquicos e de perceber uma consciência “irritante” que por vezes causa desordem na comunicação e impossibilita subjetividades arbitrárias dos gênios criativos – relega o “como” hermenêutico a um ponto cego do ambiente, algo que a *poiese* pode solucionar<sup>102</sup>. Assim, apesar da impossibilidade de uma subjetividade arbitrária (portanto, genial), Luhmann reconhece que o pensamento criativo do indivíduo ainda é a fonte de impulso para variação sistêmica, apesar de não conseguir explicar o paradoxo da criatividade não genial e as operações da consciência para tanto, decorrente, especialmente, de seu apego à incompatível Fenomenologia Transcendental<sup>103</sup>. Esse reconhecimento da possibilidade e impossibilidade de explicação pela teoria permite-nos concluir pela localização em um ponto cego que apenas um aprofundamento teórico sobre o horizonte de sentido permite desvelar. Dessa forma, na observação ecológica, ao deslocarmos o caráter transcendental para o horizonte de sentido, podemos desparadoxalizar a defesa da subjetividade criativa na Teoria dos Sistemas, bem como, de forma transdisciplinar, abrir a possibilidade da *poiese* na comunicação criativa nos limites de sentido dos sistemas sociais<sup>104</sup>. Partindo de tais considerações, será possível a construção teórica de uma consciência criativa não genial da *poiese* primeira. Um elemento, antes no ponto cego da Teoria dos Sistemas (*unmarked space*), agora pode ser utilizado para ultrapassar as barreiras da

---

<sup>100</sup> CARNEIRO, Walber Araujo. **Por uma ecologia do sentido**: entre fenomenologia e teoria dos sistemas sociais. (no prelo). p. 29.

<sup>101</sup> CARNEIRO, Walber Araujo. **Por uma ecologia do sentido**: entre fenomenologia e teoria dos sistemas sociais. (no prelo). p. 30.

<sup>102</sup> CARNEIRO, Walber Araujo. **Por uma ecologia do sentido**: entre fenomenologia e teoria dos sistemas sociais. (no prelo). p. 31.

<sup>103</sup> CARNEIRO, Walber Araujo. **Por uma ecologia do sentido**: entre fenomenologia e teoria dos sistemas sociais. (no prelo). p. 32.

<sup>104</sup> CARNEIRO, Walber Araujo. **Por uma ecologia do sentido**: entre fenomenologia e teoria dos sistemas sociais. (no prelo). p. 33.

racionalidade para experimentações e adaptações no sistema social como um todo, o que antes estava limitado ao meramente frutificado na comunicação social<sup>105</sup>.

Essa abertura acaba por alterar significativamente a metodologia científica a ser empregada. O sistema da ciência será aquele promove uma observação de segunda ordem aos demais sistemas da sociedade. Isso acontece pois o observador de primeira ordem não consegue afirmar o que é um conhecimento verdadeiro e o que não é um conhecimento verdadeiro; para ele, todo conhecimento deve ser verdadeiro, do contrário, não é conhecimento, o que anula a existência da diferença<sup>106</sup>. Assim, o sistema da ciência da sociedade chega como uma observação de segunda ordem que dispensa a bivalência conhecimento/não conhecimento e foca o que considerará verdade ou não – o que apenas é possível, porque estará observando o observador<sup>107</sup>.

Dessa forma, a ciência da sociedade é pressionada a reflexões ecológicas que antes não eram pontos de preocupação, o que estimula a interdisciplinaridade do conhecimento de forma a ampliar seu espectro de apreensão e cuidados com os resultados das operações sociais. Aqui temos um retorno ao conceito de comunicação intersistêmica de Simioni, pois, da mesma forma que os sistemas da sociedade utilizavam a ciência como um subcódigo (codificação secundária) para a comunicação intersistêmica (ou aqui, ecológica), agora a ciência deve ter subcódigo de outros sistemas de maneira a compreender ao máximo as relações sistema-ambiente. Isso faz com que haja mudanças nas teorias e nos métodos da pesquisa científica em busca da verdade<sup>108</sup>. Apesar de tudo, as operações da ciência não têm ressonância garantida nos demais sistemas sociais, que continuam a depender da reentrada no próprio sistema que lhe é direcionado<sup>109</sup>. Além disso, existe uma limitação ao alcance da ciência quando se trata de sistemas autodescritíveis. É esse o caso do Direito, que, por vezes, ignora ou não entende as

---

<sup>105</sup> CARNEIRO, Walber Araujo. **Por uma ecologia do sentido**: entre fenomenologia e teoria dos sistemas sociais. (no prelo). p. 32

<sup>106</sup> LUHMANN, Niklas. **La ciência de la sociedade**. Tradução de Silvia Pappe, Brunhilde Erker e Luis Felipe Segura. Ciudad de Mexico: Universidad Iberoamericana, 1996. (Autores, textos y temas. Ciencias Sociales). p. 127.

<sup>107</sup> LUHMANN, Niklas. **La ciencia de la sociedad**. Tradução de Silvia Pappe, Brunhilde Erker e Luis Felipe Segura. Ciudad de Mexico: Universidad Iberoamericana, 1996. (Autores, textos y temas. Ciencias Sociales). p. 128.

<sup>108</sup> CARNEIRO, Walber Araujo. **Por uma ecologia do sentido**: entre fenomenologia e teoria dos sistemas sociais. (no prelo). p. 36

<sup>109</sup> CARNEIRO, Walber Araujo. **Por uma ecologia do sentido**: entre fenomenologia e teoria dos sistemas sociais. (no prelo). p. 38-39

contribuições científicas, pois, de modo concreto, depende apenas da descrição do que seria e de como aplicar as normas – conhecimento, em tese, puramente técnico-jurídico<sup>110</sup>.

Postas essas bases, quando buscamos observar cuidadosamente os efeitos latentes da modernidade cega, a metodologia empregada na ciência deve ser do tipo ecológico, mais precisamente funcional comparativa, que também abrirá caminho para diálogos com a disciplinaridade. Do ponto de vista da Fenomenologia Hermenêutica, a metodologia a ser empregada corresponde a um processo de “abdução” em três orientações. A “redução” trata do foco no lado negativo do método, ao averso da técnica, direcionado às possibilidades existentes no ente. Através dela, o “ente”, confrontado-se com a sua diferença com o “ser”, gera a angústia que permite a compreensão do que ainda não foi comunicado, gerando a segunda orientação, a de “construção”. Essa elaboração produz uma “desconstrução produtiva”, uma crítica aos conceitos tradicionais, a *Destruktion*, que pode ser traduzida como o produto da metodologia que comunica e intenta alguma ressonância nos diferentes sistemas sociais<sup>111</sup>. A partir da *Destruktion*, a *poiese* filosófica produz, através do sistema científico, possibilidade de irritação e possível re-auto-organização dos sistemas sociais, portanto produzindo também “diferenças de observações científicas ecologicamente, vocacionadas a avaliar os impactos da operação de um sistema em seu ambiente”<sup>112</sup>.

Com a produção de tais diferenças ecologicamente orientadas, a observação deverá utilizar o método funcional-comparativo para “desvelar” o lado negativo da comunicação. Dentro da Teoria dos Sistemas, por óbvio, esse método possui certas limitações. A primeira é a de que, devido à *dupla estrutura da linguagem*<sup>113</sup>, uma vez que saíamos do plano hermenêutico e entremos no plano apofântico (o das enunciações), haverá uma precariedade natural na síntese do mundo vivido, o que gerará perdas de sentido<sup>114</sup>. De forma a compensar essa perda, Carneiro nos sugere a constante vigilância hermenêutica quanto à capacidade e atualidade desvelada da diferença.

---

<sup>110</sup> LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. Tradução de Saulo Krieger. Tradução das citações em latim Alexander Agnolon. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 762.

<sup>111</sup> CARNEIRO, Walber Araujo. **Por uma ecologia do sentido**: entre fenomenologia e teoria dos sistemas sociais. (no prelo). p. 39-40

<sup>112</sup> CARNEIRO, Walber Araujo. **Por uma ecologia do sentido**: entre fenomenologia e teoria dos sistemas sociais. (no prelo). p. 40

<sup>113</sup> CARNEIRO, Walber Araújo. **Hermenêutica jurídica heterorreflexiva**: uma teoria dialógica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. p. 76.

<sup>114</sup> CARNEIRO, Walber Araujo. **Por uma ecologia do sentido**: entre fenomenologia e teoria dos sistemas sociais. (no prelo). p. 41



A segunda limitação se refere à impossibilidade de compreensão dos sistemas sociais através da mera relação de causa e efeito. A análise causal é uma redução que não comporta a complexidade dos sistemas sociais. Carneiro, preocupado com a análise ecológica, aponta para questões ambientais. Essa relação de causa e efeito desconsidera as variáveis ambientais, suspendendo-as, e reduz a análise a apenas um ponto em específico. Tal suspensão e redução serão arbitrárias e inevitavelmente limitadas<sup>115</sup>. Porém, acrescentando fundamentos a essa limitação, podemos apontar ainda que, mesmo desconsiderando questões ambientais, a relação causa e efeito seria problemática. Uma relação de causa e efeito denota um processo que caminha de um início a um fim determinado, o que é impossível no contexto de um sistema social, visto que ele não trabalha com o tempo de forma linear e irreversível. Como dito por Luhmann, o sistema social trabalha de forma dualizada no quesito tempo: ele pode ser tanto reversível quanto irreversível. Quando trabalha com processos e operações, a irreversibilidade do tempo é uma constante; porém, quando olhamos para as estruturas, vemos que há, sim, uma reversibilidade. Como o sistema deve estar em constante atenção ao seu ambiente, isso faz com que suas estruturas sejam alteráveis, moldáveis, que se preparem ou se corrijam diante das variações ambientais, e todas essas ações não ocorrem de forma simultânea ou sucessiva, bem como podem ser geradas através de uma variação em um longo passado, como também de uma prevenção para um futuro distante, o que deturpa qualquer tipo de análise de causa e efeito<sup>116</sup>.

Para solucionar tal impasse, Carneiro nos sugere que a análise não seja ônus do observador, mas sim do próprio sistema observado, quando “especula” sobre sua relação sistema/ambiente em âmbito funcional, o que legitima a observação ecológica, por estarmos observando a relação causa e efeito de maneira funcional e no *médium* da causalidade. Isso ocorre da seguinte forma: a observação científica do tipo ecológica, reconhecendo a autonomia do sistema observado, indica, por especulação, qual a prestação que o próprio sistema espera de sua função, além de, simultaneamente, comparar isso com as expectativas de prestação pelo ambiente desse mesmo sistema<sup>117</sup>. Assim, a observação ecológica não terá uma lente ilimitada de um ecossistema

---

<sup>115</sup> CARNEIRO, Walber Araujo. **Por uma ecologia do sentido**: entre fenomenologia e teoria dos sistemas sociais. (no prelo). p. 41

<sup>116</sup> LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociais: esboço de uma teoria geral**. Tradução de Antonio C. Luz Costa, Roberto Dutra Torres Júnior e Marco Antonio dos Santos Casanova. Petrópolis: Editora Vozes, 2016. p. 63-65

<sup>117</sup> CARNEIRO, Walber Araujo. La pandemia de odio y las nuevas posibilidades mediáticas de la moral: un análisis ecológico del sistema político. **MAD**, n. 50, p. 1-18, 2014. Disponível em: <https://doi.org/10.5354/0719-0527.2024.75574>. Acesso em 05/08/2024. p. 12

igualmente ilimitado. Ela será específica e buscará diagnósticos também específicos de uma relação sistema/ambiente através de função/prestação, bem como apontará para a falta de sintonia entre eles – sintonia aqui no sentido de convergência de diagnósticos heterorreferenciáveis observáveis<sup>118</sup>. Diante disso, a diferença função/prestação entre sistema e ambiente é um exemplo de observação ecológica que permite, dentro de suas limitações, uma análise causal. Apenas dessa forma será possível fazer uma observação social do “lado negativo” da armação da técnica científica e trazer diferenças ecológicas inovadoras<sup>119</sup>.

Dessa maneira, temos como conclusão parcial que, de forma a solucionar o problema existente do ponto cego da Teoria dos Sistemas referente à inexistência de uma *poiese* primeira, especialmente de consciência individual criativa não genial que não gere frutificação imediata nas comunicações sociais, há que se alterar o enfoque exclusivo na Fenomenologia Transcendental para abarcar também uma Fenomenologia Hermenêutica. Isso tensiona o sistema da ciência da sociedade para que haja uma exigência de “cuidado” (*Sorge*) nas relações com o ambiente, através da integração de subcódigos dos demais sistemas na ciência. A consequência disso é, dentro do sistema da ciência, a produção da *Destruktion* por meio da *poiese* filosófica, o que auxiliará o sistema a, por meio de observações ecológicas, irritar-se e buscar a re-auto-organização dos sistemas de seu ambiente. Essas observações ecológicas devem partir de um método funcional-comparativo, ou seja, devem ser comparações que apenas analisem o que o sistema *observado* diz que é causa e efeito – portanto, as relações funcionais da diferença função/prestação entre o sistema observado e o seu ambiente, pois apenas ali é que está o *médium* da causalidade. Através disso, a observação científica do tipo ecológico estará legitimada e apta a promover suas críticas aos demais sistemas.

### 3.4 O Direito da sociedade observado pela análise ecológica

Considerando o objeto deste trabalho, é preciso nos aprofundarmos, sob a ótica da análise ecológica do Direito (AEcoD) e do método funcional-comparativo, no sistema do Direito da sociedade, em relação a como ele observa seu ambiente e os efeitos latentes dos pontos cegos dessa observação.

---

<sup>118</sup> CARNEIRO, Walber Araujo. La pandemia de odio y las nuevas posibilidades mediáticas de la moral: un análisis ecológico del sistema político. **MAD**, n. 50, p. 1-18, 2014. Disponível em: <https://doi.org/10.5354/0719-0527.2024.75574>. Acesso em 05/08/2024. p. 13

<sup>119</sup> CARNEIRO, Walber Araujo. **Por uma ecologia do sentido**: entre fenomenologia e teoria dos sistemas sociais. (no prelo). p. 43.

O sistema do Direito tem como função concreta a estabilização das expectativas normativas temporais, objetivas e sociais, portanto operando através da diferença de expectativa normativa/cognitiva e pelo código lícito/ilícito<sup>120</sup>. O sistema deve dizer quais expectativas normativas serão frustradas ou não, ou seja, quais merecem ou não proteção social<sup>121</sup> – não há como não afastar a reflexividade inerente a esse sistema<sup>122</sup>. Para isso, o sistema deve operar e se comunicar, o que, invariavelmente, trará riscos, mas, paradoxalmente, os perigos serão “terceirizados” aos outros sistemas, que têm o resultado de tais operações e comunicações<sup>123</sup>. Essas comunicações e operações irão construir uma memória transubjetiva nas estruturas do sistema dentro de uma camada reflexiva no sistema funcional (jurisprudência), que acabam por diminuir a complexidade e aumentar a redundância. Porém, em eventual variação ambiental ou qualquer outra irritação, o sistema pode ser alterado; ele não é imutável<sup>124</sup>. Diante de todo esse contexto sistêmico, Luhmann aposta na característica de sistema imunológico do Direito para com a sociedade, por ser ele quem atua na resolução de conflitos internos da sociedade e por ele florescer e se aperfeiçoar exatamente nesses mesmos conflitos. Apenas saberemos se uma norma está adequada ou não, se devemos alterá-la, se devemos pensá-la de maneira diferente, através do teste do conflito interno<sup>125</sup>. Tal posição, futuramente, seria abraçada por Willis Guerra Filho<sup>126</sup>.

Pois bem, tais ideias podem ser consideradas “tradicionais” na Teoria dos Sistemas por terem sido construídas pelo próprio Luhmann. Quando colocamos o sistema do Direito em evidência através da lupa da AEcoD, percebemos questões relacionadas ao ambiente desse sistema que extravasam a mera ideia da função imunológica.

---

<sup>120</sup> LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. Tradução de Saulo Krieger. Tradução das citações em latim Alexander Agnolon. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 174-175.

<sup>121</sup> LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. Tradução de Saulo Krieger. Tradução das citações em latim Alexander Agnolon. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 182.

<sup>122</sup> LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. Tradução de Saulo Krieger. Tradução das citações em latim Alexander Agnolon. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 192-195.

<sup>123</sup> LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. Tradução de Saulo Krieger. Tradução das citações em latim Alexander Agnolon. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 188-189.

<sup>124</sup> LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. Tradução de Saulo Krieger. Tradução das citações em latim Alexander Agnolon. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 754.

<sup>125</sup> LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. Tradução de Saulo Krieger. Tradução das citações em latim Alexander Agnolon. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 763.

<sup>126</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago. Imunologia: mudança do paradigma autopiético? **Passagens Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica**. Rio de Janeiro, vol. 6, n. 3, setembro-dezembro, 2014, p. 584-603.

Inicialmente, para delimitarmos a primeira “face” do método funcional-comparativo, devemos explicitar como a função do sistema jurídico se relaciona com o seu ambiente. Para a AEcoD, essa relação pode ser observada sob a forma função/prestação, o que revelará, sob um ponto de vista evolutivo, uma diferenciação funcional interna diretamente relacionada a prestações externas. O resultado aponta para a observação de “princípios funcionais” e sua relação com “prestações ambientais”. Para isso, o Direito depende dos princípios, pois são eles que “fecham” o sistema, garantindo-lhe autonomia perante o ambiente e permitindo que opere observando o ambiente de forma segura. Não existe um único tipo de princípio; pelo exposto por Carneiro, podemos separá-los em três categorias: princípios *funcionais*, *jurídico-epistemológicos* e *pragmáticos-problemáticos*.

Os princípios funcionais seriam aqueles atrelados à função do sistema como um todo, e, caso fossem extintos, haveria um colapso sistêmico, e o Direito interromperia seu funcionamento. Seguindo a proposta de Carneiro, teríamos três princípios funcionais do Direito: *consistência* com a prestação externa de segurança, *isonomia complexa* com a prestação externa de inclusão e *integridade* com a prestação externa de sustentabilidade.

A consistência teria sido o primeiro princípio funcional a surgir na evolução do sistema do Direito, ela está intimamente ligada à dimensão temporal de sentido (antes/depois) e surge a partir da expectativa ambiental de segurança. A sociedade burguesa demandava do Direito a segurança necessária para a autonomia e operação dos demais sistemas através da igualdade e liberdade formais. Assim, inicialmente, intentou-se a construção de um Direito consistente, em que as decisões do presente-futuro não alterassem o definido pelo legislador no presente-passado<sup>127</sup>. Tal objetivo não logrou sucesso, porque uma reflexividade científica alheia às operações de decisão do sistema não seria viável. Isso fez com que o Direito caminhasse para uma diferença consistência/segurança que permanecesse mesmo que as jurisprudências dos tribunais fossem alteradas em casos futuros, ou até mesmo que sobrevivesse à existência de decisões inconsistentes (incorretas aos olhos da jurisprudência), já que não invalidariam as

---

<sup>127</sup> CARNEIRO, Walber Araújo. **Os princípios do direito**: entre Hermes e Hades. In: João Paulo Allain Teixeira e Leonam Iiziero (Org.). *Direito e sociedade – Volume 4: Marcelo Neves como intérprete da sociedade global*. Andradina: Meraki, 2020. p. 20.

expectativas que continuam existentes. Dessa maneira, a consistência será o princípio funcional que, de início, fecha o sistema<sup>128</sup>.

Com o avanço das pautas de direitos civis e a promulgação de constituições de direitos sociais no século XX, a ideia da igualdade formal adstrita puramente aos agentes econômicos começa a ser repensada, e passa-se a uma concepção de um princípio de igualdade “material”, demandada por diversos grupos sociais minoritários ou oprimidos, de forma a alcançarem a sua inclusão. Luhmann, inicialmente, admite que haja uma unidade integrativa por meio desse princípio, porém de forma bastante limitada e que retorna ao conceito de consistência ao definir que se deve tratar os casos iguais como iguais<sup>129</sup>. Todavia, Carneiro defenderá que a existência do princípio da igualdade, em verdade, é uma abertura cognitiva importante para variações de sentido no sistema através do *re-entry* do lado externo da forma para o lado interno. Essa igualdade não será limitada unicamente à prestação do Estado social – ou seja, ao conceito geral de cidadania<sup>130</sup>, que envolve a neutralização de desigualdades ambientais através de discriminações positivas ou negativas, como sustentará Marcelo Neves<sup>131</sup> –, mas também a outras assimetrias sociais. Essas assimetrias sociais estarão nos mais diversos campos; logo, de forma a compreender corretamente cada uma delas, Carneiro, partindo do conceito de esferas de justiça de Michael Walzer, traz à baila as “esferas de fundamentabilidade”. Em vez de pensarmos as diversas assimetrias sociais da mesma forma, temos que compreender que o lado interno da diferença igualdade/desigualdade terá uma diferenciação interna de diversas esferas, o que é tradicionalmente chamado de dimensões ou gerações de direitos fundamentais, que, de maneira incorreta, faz divisão conforme a abrangência de seus destinatários. Essas “esferas” refletem a complexidade do ambiente, que detém diversas zonas de conflito e surge no Direito exatamente para refletir as demandas expansivas e restritivas a partir das impossibilidades e necessidades do sistema<sup>132</sup>. Nesse sentido, os direitos fundamentais, na figura de eclusas de

---

<sup>128</sup> CARNEIRO, Walber Araújo. **Os princípios do direito: entre Hermes e Hades**. In: João Paulo Allain Teixeira e Leonam Izquierdo (Org.). *Direito e sociedade – Volume 4: Marcelo Neves como intérprete da sociedade global*. Andradina: Meraki, 2020. p. 22.

<sup>129</sup> LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. Tradução de Saulo Krieger. Tradução das citações em latim Alexander Agnoloni. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 149-151.

<sup>130</sup> CARNEIRO, Walber Araújo. **Os princípios do direito: entre Hermes e Hades**. In: João Paulo Allain Teixeira e Leonam Izquierdo (Org.). *Direito e sociedade – Volume 4: Marcelo Neves como intérprete da sociedade global*. Andradina: Meraki, 2020. p. 24.

<sup>131</sup> NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil**. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 175-177.

<sup>132</sup> CARNEIRO, Wálber Araújo. Os direitos fundamentais da Constituição e os fundamentos da constituição de direitos: reformulações paradigmáticas na sociedade complexa e global. **Revista Direito Mackenzie**, v. 12, n. 1, p. 129-165, 2018. Disponível em: <http://editorarevistas.mackenzie.br/index.php/rmd/article/view/11856>. Acesso em: 01 de mai. 2020. p. 153-154.

sentido na diferença sistema/ambiente, utilizarão tais esferas como forma de solucionar os diversos conflitos que surgirão, como veremos adiante. Assim, não é forçoso concluir que essa igualdade será *complexa* ao criar diferentes critérios de igualdade a partir de cada uma das esferas relacionadas ao caso. Dessa forma, teremos uma inclusão generalizada de variações decorrentes de irritações do ambiente na dimensão objetiva do Direito, o que extrapola a fórmula de consistência e deve ser posto em um princípio separado, que será chamado de isonomia complexa e refletirá internamente a diferença inclusão/isonomia complexa<sup>133</sup>.

Todavia, a existência de diversas expectativas normativas de igualdade do ambiente levará inevitavelmente a uma situação de colisão de tais esferas, o que leva o Direito à necessidade de resolver tais colisões, sob pena de completo colapso social. Há uma expectativa externa de *sustentabilidade*. Dirá Carneiro que, por óbvio, o candidato principal ao lado interno para tanto seria o princípio da sustentabilidade ambiental do meio ambiente e de defesa dos animais. Todavia, tal proposta seria impossível, pois o código do sistema não pode deixar de ser o conforme/não conforme ao Direito, bem como esse princípio é limitado à proteção do meio ambiente frente, em sua maioria, às operações econômicas. É impossível o Direito comunicar-se de forma sustentável sempre, em algum momento haverá uma decisão não sustentável diante de colisão de esferas. Com isso, o lado interno da expectativa de sustentabilidade deverá ser no âmbito dos direitos fundamentais e dentro dos limites de fundamentabilidade. Carneiro elegerá a *integridade* de Ronald Dworkin como a melhor representação dessa diferença. A integridade, por meio do *balance*<sup>134</sup>, deverá analisar as regras através dos princípios de moralidade política existentes. Para compreendermos essa dinâmica, cabe ressaltar que toda comunidade terá elencado regras por meio de seus legisladores, mas essa mesma comunidade também, compreenderá que existem princípios comuns que a regem e que fazem com que não esteja adstrita unicamente às decisões de seu corpo político. Assim, os juízes, ao tomarem decisões, podem, sim, justificar-se por meio dos princípios de moralidade política, pois eles também

---

<sup>133</sup> CARNEIRO, Walber Araújo. **Os princípios do direito**: entre Hermes e Hades. In: João Paulo Allain Teixeira e Leonam Iiziero (Org.). *Direito e sociedade – Volume 4: Marcelo Neves como intérprete da sociedade global*. Andradina: Meraki, 2020. p. 26.

<sup>134</sup> Há que se ressaltar a posição de Luhmann de que *balance*, ponderação, equalização e tantas outras são fórmulas vazias que são construídas através de arbitrariedade acabam não sendo uma técnica legal, apesar de serem uma opção melhor que o arbítrio puro e simples, pois, ao menos, temos algum tipo de informação que pode ser analisada e, numa noção verbal, temos uma sensação de que “algo está acontecendo”. Luhmann talvez não aceitasse este tipo de opção como a melhor para a função sistêmica, mas sua teoria nunca pretendeu ser definitiva, bem como ele próprio já admitiu que pudesse estar errado de alguma forma. Cf. LUHMANN, Niklas. **Ecological communication**. Tradução de John Bednarz Jr. Cambridge: University of Chicago Press, 1989. p. 69.

compõem o ordenamento jurídico. É por conta desses princípios que teríamos uma fuga do agulhão semântico dos positivistas<sup>135</sup> e é aberta a possibilidade da integridade<sup>136</sup>. Todavia, essa dinâmica apenas “funciona” na lógica de uma Teoria dos Sistemas, pois Dworkin afasta as *policies* dos princípios, tendo em vista que aquelas são políticas públicas que passam por uma lógica diversa, uma lógica utilitarista, portanto abrindo um campo para que a Política não seja invadida pelo Direito pelo argumento de defesa dos direitos fundamentais<sup>137</sup>. É óbvio que as *policies* poderão, sim, ser analisadas e até subvertidas pelos juízes, desde que atinjam um princípio de moralidade política no caso concreto. Partindo desse ponto, a integridade será um projeto *de* interpretação do Direito, pois é mais inflexível interpretativamente do que outros modelos anteriores (convencionalismo e pragmatismo) e exige dos juízes que interpretem o Direito como um misto de direitos e deveres legais, como se todos eles tivessem sido criados pelo mesmo autor – a comunidade política – através de uma forma coerente com a justiça e a equidade<sup>138</sup>, tal qual contassem uma história de literatura<sup>139</sup>. Os juízes devem compreender que não são legisladores – estes não precisam justificar suas decisões em criar esta ou aquela regra – e devem basear-se na comunidade política e nos princípios que lhe são condizentes e fundamentar a criação de direitos e deveres “novos”, não existentes no passado<sup>140</sup>. A integridade é tanto uma orientação de interpretação como uma fonte de informação para os julgadores. Partindo desse conceito de integridade, o sistema do Direito tem agora uma forma de questionar

---

<sup>135</sup> De forma a não nos alongarmos muito, o agulhão semântico é a falsa crença dos positivistas de que para resolvermos questões difíceis nos casos judiciais concretos devemos sempre buscar um consenso das partes sobre determinados enunciados semânticos. Irão dizer até mesmo que quando as partes não entram em certos consensos seria, em verdade, uma enganação, e o consenso haveria por detrás do dito. Dworkin vai entender que este consenso é de difícil obtenção, não haveria nada por detrás em alguma espécie de dissenso fictício, bem como vão existir questões que não existirá, de forma alguma, o consenso genuíno. Assim, aqueles que são picados por esta agulhada não conseguem ultrapassar esta barreira e compreender o caráter interpretativo do Direito e os desacordos teóricos dele resultantes. Cf. MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia**: Dworkin e a teoria do direito contemporânea. São Paulo: Editora Saraiva, 2014. p. 181-185.

<sup>136</sup> DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 253-256.

<sup>137</sup> CARNEIRO, Walber Araújo. **Os princípios do direito**: entre Hermes e Hades. In: João Paulo Allain Teixeira e Leonam Iiziero (Org.). *Direito e sociedade – Volume 4: Marcelo Neves como intérprete da sociedade global*. Andradina: Meraki, 2020. p. 31.

<sup>138</sup> DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 271-272.

<sup>139</sup> DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 235-238.

<sup>140</sup> DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 292.

os casos limítrofes de consistência e isonomia complexa que lhe surgem e, com isso, contribuir para uma relação sustentável entre o sistema e o seu ambiente social<sup>141</sup>.

Com essas considerações, conseguimos notar as relações aparentes do sistema do Direito com seu ambiente, de forma a compreender que as expectativas de prestações a serem fornecidas são três: segurança, inclusão e sustentabilidade. Do outro lado da forma, o Direito se auto-organiza em operações que irão utilizar os três princípios funcionais descritos para buscar atender, dentro de suas possibilidades, a essas expectativas normativas. Essa auto-organização de estruturas do sistema será descrita por Carneiro através de um paralelo com os princípios atinentes. O princípio da *consistência* estará adstrito aos tribunais e juízes “comuns”, localizados dentro da zona reflexiva central do sistema<sup>142</sup>, ponto no qual ocorre o fechamento do sistema e as operações triviais. O princípio da *isonomia complexa* estará localizado na zona reflexiva intermediária, onde ocorre a interpenetração ciência/educação/direito, de modo a tentar<sup>143</sup> refletir, internamente, as irritações provenientes do ambiente e corrigi-las funcionalmente, através da diferença regra/exceção – será o campo também da dogmática jurídica. Por último, na zona reflexiva da periferia do sistema, os Tribunais Constitucionais irão, através dos princípios pragmáticos-problemáticos, receber as irritações e demandas do ambiente social complexo e, então, realizar ajustes de *integridade* para toda a organização do sistema e fechar novamente o sistema. A diferença entre fechamentos da zona periférica e da zona central é um argumento forte para a existência da diferenciação funcional interna do sistema<sup>144</sup>.

Em seguida, os chamados *jurídico-epistemológicos* nascem da necessidade de sistematização didática em face da especialização dos mais variados saberes dentro do Direito<sup>145</sup>,

---

<sup>141</sup> CARNEIRO, Walber Araújo. **Os princípios do direito: entre Hermes e Hades**. In: João Paulo Allain Teixeira e Leonam Iziero (Org.). *Direito e sociedade – Volume 4: Marcelo Neves como intérprete da sociedade global*. Andradina: Meraki, 2020. p. 32.

<sup>142</sup> LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. Tradução de Saulo Krieger. Tradução das citações em latim Alexander Agnolon. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 429.

<sup>143</sup> O termo “tentar” é caro, pois os sistemas interpenetrantes não conseguem captar a complexidade por inteiro um do outro. Cf. LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociais: esboço de uma teoria geral**. Tradução de Antonio C. Luz Costa, Roberto Dutra Torres Júnior e Marco Antonio dos Santos Casanova. Petrópolis: Editora Vozes, 2016. p. 258-259.

<sup>144</sup> CARNEIRO, Walber Araújo. **Os princípios do direito: entre Hermes e Hades**. In: João Paulo Allain Teixeira e Leonam Iziero (Org.). *Direito e sociedade – Volume 4: Marcelo Neves como intérprete da sociedade global*. Andradina: Meraki, 2020. p. 40.

<sup>145</sup> OLIVEIRA, Rafael. **O conceito de princípio entre a otimização e a resposta correta: aproximações sobre o problema da fundamentação e da discricionariedade das decisões judiciais a partir da fenomenologia hermenêutica**.



generalizações relativas ao fenômeno jurídica através de métodos indutivos, e constroem uma sistematicidade interna de cada disciplina<sup>146</sup>. Em vez de o professor ensinar todos os dispositivos legais atinentes à concessão de prazo para defesa e contraditório ao longo do Código de Processo Civil, torna-se mais simples e prático ensinar aos estudantes que existe um princípio da ampla defesa e do contraditório que deve ser respeitado, compondo, assim, um “truque lógico” de criação de princípios por meio de um conjunto de regras<sup>147</sup>. Aqui teríamos o caráter material desse tipo de princípio. Com o surgimento do pensamento de Kelsen, esses princípios continuam a ser construídos, mas agora com o afastamento do movimento indutivo e com a transformação em uma estrutura pré-determinada através de um fundamento transcendental, a *Grundnorm* – caso ela não exista, não há unidade sistemática. Assim, Kelsen cria um princípio de “unidade” para o sistema, que ignora generalizações e abstrações, mas que funciona apenas caso, empiricamente, haja a unidade e esteja “fechado” de forma a haver uma coerência lógica interna. Dessa forma, temos o aspecto formal desse tipo de princípio<sup>148</sup>. São, assim, princípios “sobre” o Direito.

Enquanto isso, os *princípios pragmáticos-problemáticos* se relacionam com os sistemas abertos através de uma comunicação com ética e moralidade de caráter puramente deontológico<sup>149</sup>. No Brasil, a princípio rechaçados pela concepção culturalista, posteriormente, com José Afonso da Silva, ganharam contornos de norma por atender aos requisitos estruturais das regras e, subsequentemente e sem o debate devido, foram estudados em território nacional à luz das teorias de Dworkin e Alexy como se similares fossem. Esses princípios estão atrelados, atualmente, à forma positiva da diferença sistêmica, ao conceito de *direitos fundamentais* e, na

---

Dissertação de Mestrado. Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS. 2007. p. 36.

<sup>146</sup> CARNEIRO, Walber Araújo. **Os princípios do direito: entre Hermes e Hades**. In: João Paulo Allain Teixeira e Leonam Iiziero (Org.). *Direito e sociedade – Volume 4: Marcelo Neves como intérprete da sociedade global*. Andradina: Meraki, 2020. p. 7.

<sup>147</sup> CARNEIRO, Walber Araújo. **Os princípios do direito: entre Hermes e Hades**. In: João Paulo Allain Teixeira e Leonam Iiziero (Org.). *Direito e sociedade – Volume 4: Marcelo Neves como intérprete da sociedade global*. Andradina: Meraki, 2020. p. 35.

<sup>148</sup> CARNEIRO, Walber Araújo. **Os princípios do direito: entre Hermes e Hades**. In: João Paulo Allain Teixeira e Leonam Iiziero (Org.). *Direito e sociedade – Volume 4: Marcelo Neves como intérprete da sociedade global*. Andradina: Meraki, 2020. p. 9.

<sup>149</sup> CARNEIRO, Walber Araújo. **Os princípios do direito: entre Hermes e Hades**. In: João Paulo Allain Teixeira e Leonam Iiziero (Org.). *Direito e sociedade – Volume 4: Marcelo Neves como intérprete da sociedade global*. Andradina: Meraki, 2020. p. 10-11.

negativa, às expectativas normativas de valores sociais do ambiente. São princípios “no” Direito, vigiados pelo que seriam os princípios funcionais<sup>150</sup>.

De toda forma, esses princípios *pragmáticos-problemáticos* figuram não em um sistema puramente aberto, mas sim em um sistema aberto/fechado em que são utilizados com “função de abertura”, e isso permite o fechamento sistêmico. Para explicar esse fenômeno, Carneiro mencionará o conceito de direitos fundamentais como eclusas. Nas teorias clássicas que tratam sobre direitos fundamentais, havia uma expectativa de fechamento do sistema que nunca foi satisfeita. O ambiente do sistema trazia muitas possibilidades que se aproveitavam da abertura semântica das normas de direitos fundamentais, das debilidades epistêmicas nos modelos de justificação racional e da contingência das decisões jurídicas, fazendo a função passar a ser de abertura do sistema, exatamente o oposto do pretendido. Assim, as múltiplas possibilidades do ambiente se tornavam também possibilidades jurídicas<sup>151</sup>. Por conta disso, Teubner defenderá que, em momentos de autodestruição do sistema do Direito diante de uma possibilidade significativa do ambiente, ele é capaz de, desesperadamente, “constituir” direitos fundamentais de forma a abraçar e limitar as possibilidades ambientais no caos<sup>152</sup>. Se pensarmos no horizonte teórico brasileiro e no senso comum dos juristas, a situação é mais grave, pois o modelo pós-positivista “brasileiro” tem apostado em limites semânticos, fundamentações de caráter externo ou construções argumentativas em bases procedimentais e retóricas, de modo a limitar as possibilidades sem preocupar-se com uma autonomia do sistema e deixando-o passível de corrupções sistêmicas<sup>153</sup>. A discricionariedade será cada vez maior dentro de tais modelos e do fechamento impossível<sup>154</sup>.

---

<sup>150</sup> CARNEIRO, Walber Araújo. **Os princípios do direito: entre Hermes e Hades**. In: João Paulo Allain Teixeira e Leonam Iiziero (Org.). *Direito e sociedade – Volume 4: Marcelo Neves como intérprete da sociedade global*. Andradina: Meraki, 2020. p. 39.

<sup>151</sup> CARNEIRO, Wálber Araújo. Os direitos fundamentais da Constituição e os fundamentos da constituição de direitos: reformulações paradigmáticas na sociedade complexa e global. **Revista Direito Mackenzie**, v. 12, n. 1, p. 129-165, 2018. Disponível em: <http://editorarevistas.mackenzie.br/index.php/rmd/article/view/11856>. Acesso em: 01 de mai. 2020. p. 138.

<sup>152</sup> CARNEIRO, Wálber Araújo. Os direitos fundamentais da Constituição e os fundamentos da constituição de direitos: reformulações paradigmáticas na sociedade complexa e global. **Revista Direito Mackenzie**, v. 12, n. 1, p. 129-165, 2018. Disponível em: <http://editorarevistas.mackenzie.br/index.php/rmd/article/view/11856>. Acesso em: 01 de mai. 2020. p. 139-140.

<sup>153</sup> CARNEIRO, Walber Araújo. A autonomia do direito o ponto cego de seus macromodelos teóricos. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica (RHJ)**, Belo Horizonte, ano 12, n. 15, p. 169-182, jan/jul. 2014. p. 175-177.

<sup>154</sup> CARNEIRO, Walber Araújo. A autonomia do direito o ponto cego de seus macromodelos teóricos. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica (RHJ)**, Belo Horizonte, ano 12, n. 15, p. 169-182, jan/jul. 2014. p. 175-178.

A fim solucionar essa questão, Carneiro propõe o conceito de eclusas do fluxo de sentido como função aos direitos fundamentais, porque eles “garantem, ao mesmo tempo, o controle do tráfego e a autonomia dos dois sistemas”<sup>155</sup>, seja o sistema do Direito, seja o seu ambiente. O conceito de eclusas permite que seja viabilizada a observação das expectativas ambientais, comunicando as operações em hiperciclos reflexivos<sup>156</sup>. De forma a ganhar racionalidade prática, os direitos fundamentais como eclusas devem operar as variações do fluxo de sentido em todas as dimensões da variação de sentido: social, temporal e objetiva.

Quanto à dimensão social, Luhmann a determina como uma sensação de bases consensuais na sociedade através de generalizações conceituadas como meios de comunicação simbolicamente generalizados. Nesses meios, em sua generalização, haverá bases consensuais que encobrem, em um primeiro momento, o dissenso que aflorará à medida que as variações surgirem<sup>157</sup>. Os direitos fundamentais serão uma forma de meio de comunicação simbolicamente generalizada que tem uma preocupação com a sustentabilidade dos sistemas sociais e organizacionais do ambiente do sistema do Direito. Assim, aproveitando o reforço da constitucionalização do sistema, eles farão um “acoplamento” do fluxo de sentido entre as autodescrições e operações internas do sistema do Direito, marcadas por uma comunicação especializada, e os dissensos existentes decorrentes das variações advindas das expectativas normativas do ambiente – isso será “procedimentalizado” através de retornos hipercíclicos dentro do sistema, o que o robustecerá<sup>158</sup>.

Essas variações decorrentes do ambiente não serão constantes, portanto exige-se o surgimento da dimensão temporal frente a essas eclusas. Para isso, há que se utilizar a tecnologia das regras

---

<sup>155</sup> CARNEIRO, Wálber Araujo. Os direitos fundamentais da Constituição e os fundamentos da constituição de direitos: reformulações paradigmáticas na sociedade complexa e global. **Revista Direito Mackenzie**, v. 12, n. 1, p. 129-165, 2018. Disponível em: <http://editorarevistas.mackenzie.br/index.php/rmd/article/view/11856>. Acesso em: 01 de mai. 2020. p. 146.

<sup>156</sup> CARNEIRO, Wálber Araujo. Os direitos fundamentais da Constituição e os fundamentos da constituição de direitos: reformulações paradigmáticas na sociedade complexa e global. **Revista Direito Mackenzie**, v. 12, n. 1, p. 129-165, 2018. Disponível em: <http://editorarevistas.mackenzie.br/index.php/rmd/article/view/11856>. Acesso em: 01 de mai. 2020. p. 146.

<sup>157</sup> CARNEIRO, Wálber Araujo. Os direitos fundamentais da Constituição e os fundamentos da constituição de direitos: reformulações paradigmáticas na sociedade complexa e global. **Revista Direito Mackenzie**, v. 12, n. 1, p. 129-165, 2018. Disponível em: <http://editorarevistas.mackenzie.br/index.php/rmd/article/view/11856>. Acesso em: 01 de mai. 2020. p. 147-148.

<sup>158</sup> CARNEIRO, Wálber Araujo. Os direitos fundamentais da Constituição e os fundamentos da constituição de direitos: reformulações paradigmáticas na sociedade complexa e global. **Revista Direito Mackenzie**, v. 12, n. 1, p. 129-165, 2018. Disponível em: <http://editorarevistas.mackenzie.br/index.php/rmd/article/view/11856>. Acesso em: 01 de mai. 2020. p. 148-149.

jurídicas em programas condicionais a fim de limitar tais variações. Haverá um preço para isso: diante de tal rigidez, não haverá uma preocupação com sustentabilidade, porém poderá haver momentos de crise que impulsionarão momentos “constituintes”. Todavia, de maneira diferente e mais limitada, as teorias clássicas, através do conceito de cláusulas pétreas, têm tentado teoricamente impedir a promoção de mudanças ou orientar mudanças para o programa teleológico das normas dirigentes originais da Constituição Federal, o que é impossível. As mudanças podem ser dificultadas, mas ocorrerão, e teorias que negam tal fato acabam por ignorar a complexidade do ambiente em forçar variações sistêmicas importantes<sup>159</sup>. Já as teorias pós-metafísicas caminham no sentido de que todo o percurso evolutivo estaria já definido e previsto pelo sistema do Direito, o que é inviável – o Direito não consegue ser o “futuro” do seu ambiente, tampouco ditar a forma como ocorrerão as variações da sociedade como um todo<sup>160</sup>.

Essas variações dos fluxos de sentido de dissenso devem ser vistas com “cuidado” e de forma a permitir que consigamos definir os limites daquilo que está “dentro” e “fora” do sistema. Da mesma maneira que as variações provenientes do ambiente, uma teoria completa para os direitos fundamentais deve espelhar internamente a complexidade existente nas diferenciações das expectativas normativas externas no que chamará de “esferas de fundamentabilidade”<sup>161</sup>, como já vimos. É importante que a diferenciação ambiental se mantenha também internamente, para permitir que o sistema do Direito consiga compreender as colisões entre essas esferas e oferecer soluções palatáveis e mais realistas do que as das teorias clássicas, que simplesmente uniformizam as diferenciações em um “pacote metodológico”, em uma única unidade constitucional. Com um pensamento teórico voltado a essas esferas, é possível que haja uma “coexistência” entre diversos programas de justiça e filosofia prática disponíveis – o que antes era visto como prejudicial, em compasso com propostas totalizantes, em que uma única

---

<sup>159</sup> CARNEIRO, Wálber Araujo. Os direitos fundamentais da Constituição e os fundamentos da constituição de direitos: reformulações paradigmáticas na sociedade complexa e global. **Revista Direito Mackenzie**, v. 12, n. 1, p. 129-165, 2018. Disponível em: <http://editorarevistas.mackenzie.br/index.php/rmd/article/view/11856>. Acesso em: 01 de mai. 2020. p. 150.

<sup>160</sup> CARNEIRO, Wálber Araujo. Os direitos fundamentais da Constituição e os fundamentos da constituição de direitos: reformulações paradigmáticas na sociedade complexa e global. **Revista Direito Mackenzie**, v. 12, n. 1, p. 129-165, 2018. Disponível em: <http://editorarevistas.mackenzie.br/index.php/rmd/article/view/11856>. Acesso em: 01 de mai. 2020. p. 151.

<sup>161</sup> CARNEIRO, Wálber Araujo. Os direitos fundamentais da Constituição e os fundamentos da constituição de direitos: reformulações paradigmáticas na sociedade complexa e global. **Revista Direito Mackenzie**, v. 12, n. 1, p. 129-165, 2018. Disponível em: <http://editorarevistas.mackenzie.br/index.php/rmd/article/view/11856>. Acesso em: 01 de mai. 2020. p. 152-153.

teoria/filosofia explicasse todos os conflitos de direitos fundamentais. De todo modo, as esferas de fundamentabilidade permitem uma conexão viável entre o sistema do Direito e os diversos tipos de demanda provenientes da sociedade, sejam expansivas ou restritivas, sejam em relação a liberdades individuais, sociais, econômicas ou não<sup>162</sup>.

Por todas essas características, os direitos fundamentais e, por consequência, os princípios pragmáticos-problemáticos são um ponto de atenção importante no sistema do Direito, que atrai os fluxos de sentido de variações e permite a um observador de segundo grau apontar uma relação de causa e efeito em suas operações que tratem de tal tema, o que se adequa ao método funcional-comparativo proposto. Pelo fato de no sistema do Direito, especialmente no brasileiro, haver uma miríade de “atores” capazes de praticar atos de controle de constitucionalidade (juízes, tribunais regionais, o governo sobre seus atos internos, vetos legislativos de projetos de lei etc.), as colisões poderiam, em tese, ser observadas por todas as operações desses “atores”. Assim, há que se fazer um recorte teórico daquela organização que decide os limites de observação do sistema do Direito para com o seu ambiente, auxiliando a análise das resoluções dos conflitos decorrentes das expectativas normativas do ambiente, que estabelece o que está à disposição da programação temporal da Política e o que está fora desse âmbito em razão da integridade funcional e da sustentabilidade ambiental. Nesse sentido, o Tribunal Constitucional é aquele que irá se organizar, dentro do sistema do Direito, detendo um local privilegiado no sistema, com grande influência sobre o entorno interno e os retornos hipercíclicos do sistema. Logo, suas hétero-observações, quando detêm pontos cegos decorrentes de uma má descrição do ambiente, geram efeitos latentes importantes que não podem ser ignorados em uma pesquisa que busque aplicar o método pretendido no sistema jurídico.

#### **4. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E SEU LOCAL NO SISTEMA DO DIREITO BRASILEIRO**

##### **4.1 Tribunais constitucionais como sistemas organizacionais dentro do sistema do Direito**

---

<sup>162</sup> CARNEIRO, Wálber Araujo. Os direitos fundamentais da Constituição e os fundamentos da constituição de direitos: reformulações paradigmáticas na sociedade complexa e global. **Revista Direito Mackenzie**, v. 12, n. 1, p. 129-165, 2018. Disponível em: <http://editorarevistas.mackenzie.br/index.php/rmd/article/view/11856>. Acesso em: 01 de mai. 2020. p. 155.

A figura de um Tribunal Constitucional, apesar de não prevista expressa e nominalmente por Luhmann em *O direito da sociedade*, é destacada como possível através de seus argumentos para as funções relegadas ao lado periférico (variação de sentido, adaptação e pressões do ambiente) da diferença centro/periferia ao final do debate sobre a função dos tribunais<sup>163</sup>. Apesar de ter uma função diversa, o Tribunal Constitucional, tal como os tribunais ordinários e superiores<sup>164</sup>, será, invariavelmente, *organização*; todavia, com algumas peculiaridades.

Até o presente momento, esta pesquisa tratou apenas dos conceitos de sistema sociais de um modo geral, pouco se atentando aos sistemas sociais organizacionais ou, simplesmente, *organizações*. As organizações estão também adstritas à Teoria dos Sistemas, tal qual os sistemas sociais dos quais fazem parte, porém detêm diferenças importantes, que geram uma necessidade de diferenciação dentro da sociedade. Elas continuam vinculadas à noção de comunicação, no entanto comunicam *decisões* e não têm pretensões de generalidades; pelo contrário, buscam especificidade e têm um propósito<sup>165</sup>, sem ser necessário o uso de códigos binários<sup>166</sup>. Assim o fazem, pois precisam sempre precaver-se de sua eventual desconstrução pela evolução da sociedade<sup>167</sup>. As decisões são operações das organizações que não podem ser tratadas como fatos e, diferentemente do que pensavam as teorias tradicionais, não são escolhas, nem buscam ser escolhas únicas e corretas<sup>168</sup>. Devem ser comunicadas exatamente com aquilo que foi rejeitado<sup>169</sup> e com base em informações e razões produzidas no próprio sistema, apesar de originadas, às vezes, de impulsos ambientais externos, que têm aumentado gradativamente com o passar do tempo<sup>170</sup>. Assim, há uma importância sistêmica dos critérios de exclusão impostos em toda decisão. Diante disso, Luhmann desenvolverá o conceito de que as decisões

---

<sup>163</sup> LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. Tradução de Saulo Krieger. Tradução das citações em latim Alexander Agnolon. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 449-450.

<sup>164</sup> LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. Tradução de Saulo Krieger. Tradução das citações em latim Alexander Agnolon. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 429 e 440.

<sup>165</sup> LUHMANN, Niklas. **Organization and decision**. Tradução de Rhodes Barrett. Cambridge: Cambridge University Press, 2018. p. 250

<sup>166</sup> LUHMANN, Niklas. **Organization and decision**. Tradução de Rhodes Barrett. Cambridge: Cambridge University Press, 2018. p. 192.

<sup>167</sup> LUHMANN, Niklas. **Organization and decision**. Tradução de Rhodes Barrett. Cambridge: Cambridge University Press, 2018. p. 112.

<sup>168</sup> LUHMANN, Niklas. **Organization and decision**. Tradução de Rhodes Barrett. Cambridge: Cambridge University Press, 2018. p. 10 e 98.

<sup>169</sup> LUHMANN, Niklas. **Organization and decision**. Tradução de Rhodes Barrett. Cambridge: Cambridge University Press, 2018. p. 42-43.

<sup>170</sup> LUHMANN, Niklas. **Organization and decision**. Tradução de Rhodes Barrett. Cambridge: Cambridge University Press, 2018. p. 47.

são observações com auxílio de subdecisões chamadas de “alternativas”, que devem sempre acompanhar<sup>171</sup>. Serão tratadas como subdecisões, porque elencar algo como alternativa já passa a ser uma decisão criteriosa frente a um ambiente social. As alternativas presentes na decisão devem ser tanto a escolhida como as rejeitadas, e a comunicação da rejeitada e os critérios de rejeição são muito mais importantes que as consequências da escolhida<sup>172</sup>. Para que haja a comunicação dessa alternativa, toda decisão é, em geral, escrita<sup>173</sup> e deve ter informação. A literatura tradicional distingue a decisão em duas partes: um relatório (*report*), no qual as premissas são expostas da decisão, e um comando (*command*), a ordem da decisão. Isso permite haver, de certa forma, a comunicação da alternativa. Porém, na Teoria dos Sistemas, o correto seria não dividirmos a comunicação em partes, tendo em vista que é impossível dissociar o relatório do comando, e utilizarmos o processo já estabelecido de comunicação (comunicar-informar-entender). Do contrário, haverá questionamentos sobre o propósito da comunicação<sup>174</sup>.

As decisões são um grande paradoxo, pois sempre contêm o seu exato oposto – a alternativa excluída –, mas a decisão não está composta na alternativa, ela acaba por se tornar o seu próprio terceiro excluído. Além disso, só existe a decisão quando há algo a ser decidido, senão não há o que decidir, apenas reconhecer<sup>175</sup>. A decisão só existe porque se pode decidir, as preferências e justificações vêm depois. Por isso, o sentido de “escolher” é uma mistificação social para o convencimento<sup>176</sup>.

Um outro elemento importante das decisões é a incerteza. Toda decisão deve absorver certo grau de incerteza, e a organização como um todo deve ter uma noção de incerteza; do contrário, deixaria de existir por falta de atividade<sup>177</sup>. É através da incerteza que temos alternativas e,

---

<sup>171</sup> LUHMANN, Niklas. **Organization and decision**. Tradução de Rhodes Barrett. Cambridge: Cambridge University Press, 2018. p. 99 e 105.

<sup>172</sup> LUHMANN, Niklas. **Organization and decision**. Tradução de Rhodes Barrett. Cambridge: Cambridge University Press, 2018. p. 104.

<sup>173</sup> LUHMANN, Niklas. **Organization and decision**. Tradução de Rhodes Barrett. Cambridge: Cambridge University Press, 2018. p. 167.

<sup>174</sup> LUHMANN, Niklas. **Organization and decision**. Tradução de Rhodes Barrett. Cambridge: Cambridge University Press, 2018. p. 111.

<sup>175</sup> LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. Tradução de Saulo Krieger. Tradução das citações em latim Alexander Agnolon. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 411.

<sup>176</sup> LUHMANN, Niklas. **Organization and decision**. Tradução de Rhodes Barrett. Cambridge: Cambridge University Press, 2018. p. 106.

<sup>177</sup> LUHMANN, Niklas. **Organization and decision**. Tradução de Rhodes Barrett. Cambridge: Cambridge University Press, 2018. p. 149-150.

portanto, possibilidades de decisão. Decidindo por meio da incerteza, a organização, de certo modo, irá prever o futuro que ocorrerá e gerar incerteza para decisões futuras. Aqui teremos a criação da distinção risco/perigo exatamente por conta dessas incertezas futuras<sup>178</sup>. Há uma conectividade das decisões presentes com as decisões futuras<sup>179</sup> devido à memória, documentada ou não, que toda a organização deve possuir<sup>180</sup>. Aqueles que tomarão as decisões serão proporcionalmente relacionados à importância da decisão tomada, podendo ser os líderes não individuais da organização<sup>181</sup>. Os tomadores de decisão podem ser nominados, porém nunca saberemos ao certo quem tomou a decisão ou quais foram as pessoas que o influenciaram a decidir dessa forma – isso decorre de uma limitação da apreensão da consciência humana<sup>182</sup>. Eles podem invisibilizar as decisões através de esquemas de interesse ou problemas que lhe sejam objeto de desejo e/ou repulsa<sup>183</sup>.

O aspecto central das decisões dentro do sistema não deixa dúvidas da configuração de organização dos tribunais. Eles promovem uma diferenciação interna pela proibição de não prestação jurisdicional (*non liquet*); os tribunais são *coagidos* a decidir, algo não presente no resto do sistema<sup>184</sup>. Luhmann colocará na periferia do sistema tudo que não tem obrigação decisória, tal como a legislação, os contratos, os acordos coletivos etc., e será a periferia que receberá as ressonâncias ambientais que podem ou não ser traduzidas juridicamente. No centro, estarão exatamente os tribunais, inclusive os tribunais superiores, que promovem um autoisolamento cognitivo das perturbações ambientais<sup>185</sup> e devem decidir os casos com base no Direito vigente.

---

<sup>178</sup> SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Curso de hermenêutica jurídica contemporânea**: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico. Curitiba: Juruá Editora, 2014. p. 748

<sup>179</sup> LUHMANN, Niklas. **Organization and decision**. Tradução de Rhodes Barrett. Cambridge: Cambridge University Press, 2018. p. 154.

<sup>180</sup> LUHMANN, Niklas. **Organization and decision**. Tradução de Rhodes Barrett. Cambridge: Cambridge University Press, 2018. p. 65.

<sup>181</sup> LUHMANN, Niklas. **Organization and decision**. Tradução de Rhodes Barrett. Cambridge: Cambridge University Press, 2018. p. 65.

<sup>182</sup> LUHMANN, Niklas. **Organization and decision**. Tradução de Rhodes Barrett. Cambridge: Cambridge University Press, 2018. p. 108.

<sup>183</sup> LUHMANN, Niklas. **Organization and decision**. Tradução de Rhodes Barrett. Cambridge: Cambridge University Press, 2018. p. 116-117.

<sup>184</sup> LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. Tradução de Saulo Krieger. Tradução das citações em latim Alexander Agnolon. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 429.

<sup>185</sup> LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. Tradução de Saulo Krieger. Tradução das citações em latim Alexander Agnolon. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 430.



Ao final do capítulo de *O direito da sociedade* sobre o assunto, Luhmann aborda a diferenciação centro/periferia para tratar das funções não compatíveis com o centro, porém não se aprofunda no aspecto do Tribunal Constitucional, o que irá fazer apenas em trabalhos futuros, para colocá-lo num paradoxo da periferia<sup>186</sup>.

Em primeiro ponto, pensando em uma ótica de controle concentrado de constitucionalidade, o Tribunal Constitucional trabalha em um *locus* de destaque. A Constituição, seu principal objeto de análise, é o que determina como e até onde o sistema do Direito pode aprender sem perder sua autonomia<sup>187</sup>; além disso, ela será o acoplamento estrutural entre o Direito e a Política, o que gera expectativas normativas congruentes desse sistema e operações peculiares de ambos, tal como a suspensão jurídica da política e a instrumentalização política do Direito<sup>188</sup>. Na matéria constitucional, o tribunal estará à frente de casos que discutem esferas de fundamentabilidade, bem como será chamado para resolver o conflito dessas mesmas esferas. Partirá dessa organização a função de *integridade* do sistema do Direito; portanto, será ele o receptor das variações de sentido através das ressonâncias ambientais ou, então, quando a legislação e os casos assim permitirem, variações que surgirem de casos trazidos primeiramente ao centro do sistema. Suas decisões serão generalizadas para todas as estruturas do sistema e terão premissas de destaque, o que vinculará as decisões futuras que surgirão e auxiliará a adaptação do sistema. Por isso, haverá uma expectativa normativa da sociedade e do próprio sistema do Direito para que as alternativas da decisão sejam bem especificadas, e as premissas, igualmente bem decididas. Como organização, o Tribunal Constitucional será capaz de realizar *comunicações intersistêmicas* com outros sistemas sociais de forma bem mais ampla do que um sistema social de um modo geral e promover comunicações bem mais específicas que o sistema<sup>189</sup>.

Assim, o Tribunal Constitucional opera com as características de qualquer médium decisório (variação de sentido, adaptação e pressões do ambiente), porém, para que seja posto

---

<sup>186</sup> LUHMANN, Niklas. **Organization and decision**. Tradução de Rhodes Barrett. Cambridge: Cambridge University Press, 2018. p. 329-330.

<sup>187</sup> NEVES, Marcelo. **Constituição e direito na modernidade periférica**: uma abordagem teórica e uma interpretação do caso brasileiro. Tradução por Antônio Luiz Costa. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2018. p. 69.

<sup>188</sup> LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. Tradução de Saulo Krieger. Tradução das citações em latim Alexander Agnolon. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 545.

<sup>189</sup> SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Direito ambiental e sustentabilidade**. Curitiba: Juruá, 2011. p. 111.

corretamente no centro da periferia do sistema do Direito, tal como visto na AEcoD, e possa superar as dificuldades comunicativas do sistema<sup>190</sup>, ele não deve decidir tudo. De forma alguma os problemas da sociedade moderna e suas variações, especialmente aqueles decorrentes do meio ambiente, são novos ao sistema do Direito, entretanto a construção de uma consciência ecológica cria um novo escopo que não foi vislumbrado anteriormente<sup>191</sup>. Os problemas ecológicos são complexos, interdependentes, circunstanciais e imprevisíveis e causam disfunções nas estruturas dos sistemas<sup>192</sup>, e apenas um sistema com estruturas mínimas para tanto pode sobreviver a isso.

Aqui cabe uma digressão importante. O sistema do Direito, assim como outros subsistemas da sociedade moderna, tem uma *diferenciação interna* que trata da diferenciação sistema/ambiente dos subsistemas geridos no sistema unitário (Direito)<sup>193</sup>, o que cria um ambiente interno e aumenta sua complexidade e capacidade de união do sistema<sup>194</sup>. Essa diferenciação interna, em sua autodescrição “clássica”, dividia-se em legislação e jurisdição dos tribunais, o que é afastado por Luhmann<sup>195</sup> devido a ser uma vertente que gerava uma “hierarquia de instruções”, em que o tribunal é meramente um aplicador dos comandos gerais do legislador vinculado a um método dedutivo que não tolerava desvios<sup>196</sup>. A demanda por dar uma maior autonomia aos tribunais e possibilitar que eles exijam mudanças do legislador gerou a tarefa obrigatória de decidir (*non liquet*), como já dito, e de maneira justa, com base na legislação. A relação da legislação e da jurisdição tomou um contorno de circularidade e restrição recíproca<sup>197</sup> – a diferenciação por hierarquia não faz mais sentido nesse sistema. Isso não é algo impossível ou anormal dentro da Teoria dos Sistemas: considerando que a hierarquia é apenas uma das muitas

---

<sup>190</sup> ROCHA, Leonel Severo. WEYERMULLER, André Rafael. Comunicação ecológica por Niklas Luhmann. **Revista de Novos Estudos Jurídicos – Eletrônica**, vol. 19, n. 1, jan-abr, 2014, p. 240. Disponível em: [www.univali.br/periodicos](http://www.univali.br/periodicos). Acesso em 03 de dez. de 2022.

<sup>191</sup> LUHMANN, Niklas. **Ecological communication**. Tradução de John Bednarz Jr. Cambridge: University of Chicago Press, 1989. p. 69.

<sup>192</sup> LUHMANN, Niklas. **Ecological communication**. Tradução de John Bednarz Jr. Cambridge: University of Chicago Press, 1989. p. 73.

<sup>193</sup> LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. Tradução de Saulo Krieger. Tradução das citações em latim Alexander Agnolon. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 398.

<sup>194</sup> LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociais: esboço de uma teoria geral**. Tradução de Antonio C. Luz Costa, Roberto Dutra Torres Júnior e Marco Antonio dos Santos Casanova. Petrópolis: Editora Vozes, 2016. p. 35.

<sup>195</sup> LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. Tradução de Saulo Krieger. Tradução das citações em latim Alexander Agnolon. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 399.

<sup>196</sup> LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. Tradução de Saulo Krieger. Tradução das citações em latim Alexander Agnolon. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 404.

<sup>197</sup> LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. Tradução de Saulo Krieger. Tradução das citações em latim Alexander Agnolon. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 407.

formas de diferenciação interna<sup>198</sup>, a diferenciação por *função* também pode ser utilizada, apesar de mais caótica<sup>199</sup>. As funções são “sínteses de uma pluralidade de possibilidades”<sup>200</sup>, e as possibilidades possíveis de realização pelo sistema são as que geram as funções<sup>201</sup>. Conectadas a âmbitos parciais do sistema, permitem que haja uma produção de redundâncias que conduzem a uma maior segurança do sistema em suas operações internas. Isso ocorre pois modos diversos de preencher tal função podem assumir esses lugares e substituir uns aos outros<sup>202</sup>. Em uma “dupla função”, auxiliam a complexificação e simplificação do sistema observado, sempre orientando suas operações à autopoiese e à unidade do sistema<sup>203</sup>. Assim, as funções existem como forma de orientar suas operações e, subsequentemente, limitar o possível a ser realizado dentro das expectativas ambientais, até mesmo possibilitando uma reorganização de suas estruturas frente às irritações do ambiente<sup>204</sup>. Nesse mesmo sentido, como já visto no âmbito do Direito Ambiental, a orientação funcional será o outro lado da diferença da orientação pelas consequências, permitindo que o sistema do Direito assimile os riscos de seus programas condicionais frente às condições ambientais<sup>205</sup>. Como já visto, o Direito terá funções, refletidas nos princípios funcionais, que orientam suas operações, entre elas a função de *integridade*. O Tribunal Constitucional, sendo o *locus* primordial dessa função, será um catalisador das ressonâncias ambientais e irá auxiliar o sistema do Direito em suas operações voltadas para essa unidade. Isso o fará apostar estar gerando a prestação externa de sustentabilidade na diferença integridade/sustentabilidade, o que pode ou não estar ocorrendo.

Esse contexto sistêmico traz algumas reflexões interessantes. Por tratar-se de uma organização com alto poder integrante de um sistema, detém grande autonomia (*autocompetence*) perante a ele<sup>206</sup>, o que faz com que tenha uma agenda *própria*, pois a organização sempre tenderá pela sua sobrevivência, assim como qualquer outro sistema social. Assim, haverá interesses e

---

<sup>198</sup> LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociais**: esboço de uma teoria geral. Tradução de Antonio C. Luz Costa, Roberto Dutra Torres Júnior e Marco Antonio dos Santos Casanova. Petrópolis: Editora Vozes, 2016. p. 37.

<sup>199</sup> LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociais**: esboço de uma teoria geral. Tradução de Antonio C. Luz Costa, Roberto Dutra Torres Júnior e Marco Antonio dos Santos Casanova. Petrópolis: Editora Vozes, 2016. p. 337.

<sup>200</sup> LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociais**: esboço de uma teoria geral. Tradução de Antonio C. Luz Costa, Roberto Dutra Torres Júnior e Marco Antonio dos Santos Casanova. Petrópolis: Editora Vozes, 2016. p. 337.

<sup>201</sup> SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Direito ambiental e sustentabilidade**. Curitiba: Juruá, 2011. p. 169.

<sup>202</sup> LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociais**: esboço de uma teoria geral. Tradução de Antonio C. Luz Costa, Roberto Dutra Torres Júnior e Marco Antonio dos Santos Casanova. Petrópolis: Editora Vozes, 2016. p. 338.

<sup>203</sup> SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Direito ambiental e sustentabilidade**. Curitiba: Juruá, 2011. p. 169.

<sup>204</sup> SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Direito ambiental e sustentabilidade**. Curitiba: Juruá, 2011. p. 169-170.

<sup>205</sup> SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Direito ambiental e sustentabilidade**. Curitiba: Juruá, 2011. p. 170-171.

<sup>206</sup> LUHMANN, Niklas. **Organization and decision**. Tradução de Rhodes Barrett. Cambridge: Cambridge University Press, 2018. p. 329.

problemas próprios do tribunal e seus integrantes que mascararão decisões da organização e serão utilizados na mistificação de um convencimento de outros. Cabe a ressalva de que esses interesses/problemas não são pessoais, no sentido de um julgador “A” ou “B”, mas sim interesses/problemas de julgadores, como posição formal dentro de uma organização<sup>207</sup>. Para Luhmann, não poderíamos nem falar de lealdades ou oposições dentro do tribunal, não seria cabível nesse tipo de organização<sup>208</sup>. No contexto norte-americano, temos a criação de códigos de ética dos julgadores, para defendê-los de escândalos e/ou possíveis casos de suspeição, protegendo-se, assim, o tribunal de críticas políticas<sup>209</sup>. No contexto brasileiro, podemos relembrar da chamada jurisprudência defensiva, que decide de maneira tal a evitar que haja “subida” de muitos recursos ao tribunal sobre determinada matéria, de forma a não ocupar demasiadamente os julgadores com casos menores, a fim de reduzir sua carga de trabalho<sup>210</sup>.

Um outro ponto importante que merece atenção é o *non liquet* no caso do Tribunal Constitucional. Como dito, em *O direito da sociedade*, Luhmann não coloca o Tribunal Constitucional na periferia, apesar de descrever o que seria necessário para tanto. Pelo contrário, afirma que os tribunais superiores deveriam constar no centro junto ao resto da organização judiciária e relega a ela todas as estruturas e operações em que não se tem obrigação decisória – essa seria a diferença primordial entre tribunais e demais atores do sistema. Em *Organization and decision*, teremos agora um Luhmann que desloca esse tribunal para a periferia, mas não discute quanto a se manter ou não o *non liquet*, já que agora estaríamos do lado da diferença que *não* tem obrigação decisória. Uma característica que difere os Tribunais Constitucionais dos ordinários é a autorrestrrição do sistema do Direito à jurisdição desse tribunal<sup>211</sup>. Nem todos os casos podem ser decididos por ele, e ele opera dentro da exclusão da exclusão dos tribunais; do contrário, ele se tornaria um tribunal comum. Assim, *algum* requisito de admissão constitucional deve ser posto previamente para que haja uma decisão. Baseando-se nisso, o *non liquet* permanecerá existindo nesse caso, porém, com diferenças por estar na periferia. O

---

<sup>207</sup> LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociais: esboço de uma teoria geral**. Tradução de Antonio C. Luz Costa, Roberto Dutra Torres Júnior e Marco Antonio dos Santos Casanova. Petrópolis: Editora Vozes, 2016. p. 359.

<sup>208</sup> LUHMANN, Niklas. **Organization and decision**. Tradução de Rhodes Barrett. Cambridge: Cambridge University Press, 2018. p. 329.

<sup>209</sup> <https://www.theguardian.com/law/2023/nov/13/us-supreme-court-ethics-code>

<sup>210</sup> GAVA, Rafael Ambrósio; MORAES, Janaina Gomes Garcia de. Combater a jurisprudência defensiva com o novo CPC: "yes, we can!" or can we?. **Revista de Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça**. V. 1, n. 1, 188-215, 2015. p. 190.

<sup>211</sup> LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. Tradução de Saulo Krieger. Tradução das citações em latim Alexander Agnolon. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 418.

tribunal, antes de decidir, deverá tomar a decisão sobre sob qual dos lados centro/periferia o caso será tratado – o que não é um problema para a teoria, pois toda decisão é precedida e sucedida de decisões –, e aqui estaria o *non liquet* do Tribunal Constitucional. Todo caso deve passar por esse requisito de admissão (*non liquet*), pois essa é a coação que o Tribunal Constitucional tem a decidir. Ele deve dizer se aceita ou não assumir qualquer responsabilidade sobre a decisão estar conforme ou não ao Direito<sup>212</sup>, porém nem todo caso estará na jurisdição constitucional para ser julgado na periferia (campo de decisão não obrigatória). Enquanto o *non liquet* gera o produto secundário dos princípios jurídicos de forma a possibilitar aos tribunais resolver *hard cases*, o *liquet* proveniente dessa limitação de jurisdição do Tribunal Constitucional é uma consequência da sua zona de contato com o ambiente social, que permite uma abertura, através dos princípios pragmáticos-problemáticos, para ressonâncias ambientais de outros sistemas funcionais<sup>213</sup>.

Ademais, o Tribunal Constitucional estará dentro de um paradoxo. Para compreendermos isso, é imperiosa a explicação sobre *o que é* um Tribunal Constitucional. O nascedouro do período constitucional da sociedade moderna está atrelado à história norte-americana, e nela temos os primeiros debates sobre o que seria e o que faria tal órgão judicial. Diferentemente do que se defendia à época, a Suprema Corte (o Tribunal Constitucional, no caso dos Estados Unidos) não poderia ser limitada a um papel frágil de mera intermediadora dos debates constitucionais entre os atores políticos de instituições majoritárias. Assim, no caso *Marbury vs Madison*, o Justice Marshall teve a oportunidade de sedimentar os poderes e deveres de um Tribunal Constitucional, de sempre invalidar atos e decisões dos indivíduos e demais órgãos públicos quando entender que esses transgrediram os limites estabelecidos nas normas constitucionais<sup>214</sup>. Por conta desse tipo de prestação jurisdicional específica, o Tribunal Constitucional não julgará todos os casos, mas apenas aqueles que tenham um interesse constitucional em sua solução, e caberá unicamente a ele decidir sobre a questão<sup>215</sup>. Isso permite que o tribunal exerça uma

---

<sup>212</sup> SCHARPF, Fritz W. Judicial review and the political question: a functional analysis. **The Yale Law Journal**, vol. 75, n. 4, 517-597, mar. 1966. p. 535-536.

<sup>213</sup> LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. Tradução de Saulo Krieger. Tradução das citações em latim Alexander Agnolon. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 429-430.

<sup>214</sup> DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 425-427.

<sup>215</sup> DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 443.

função contramajoritária<sup>216</sup>. Com tais atribuições, e sendo qualquer ato passível de análise constitucional, o Tribunal Constitucional também irá discutir, inevitavelmente, questões jurídicas que perpassam por políticas públicas, desde que de forma comedida. Todas as decisões políticas podem partir de justificações de princípio (*principle*) e/ou de política (*policy*)<sup>217</sup>. Porém, um Tribunal Constitucional deverá apenas argumentar através de justificações de princípios, sob pena de tornar-se um legislador segundo e criar um novo direito do qual o perdedor do processo não tinha conhecimento<sup>218</sup>. Assim, o Tribunal Constitucional continua sendo uma autoridade que detém uma responsabilidade política de decidir de forma consistente, articulada<sup>219</sup> e política<sup>220</sup>. Porém, para tanto, os motivos de suas decisões devem se basear nos princípios de moralidade existentes na comunidade como um todo, que poderão ser replicados em situações hipotéticas semelhantes<sup>221</sup>. O que diferencia a decisão de princípios da decisão política é que esta se baseia nos critérios da utilidade, enquanto a outra se baseia em critérios de equidade substancial. Assim, a revisão judicial (*judicial review*) do Tribunal Constitucional dos casos de decisão política será limitada, de certa forma, àqueles casos em que os critérios de utilidade não podem ser utilizados para justificar determinada decisão, pois estaria afetando a equidade substancial existente na Constituição, ou seja, haveria uma lesão a princípios de moralidade pública<sup>222</sup>. Dworkin traz o exemplo da construção da estrada e da retirada de benefícios da seguridade social. Em ambos havia uma discussão sobre a necessidade de uma audiência prévia com os afetados. No primeiro caso, não havia um direito substancial dos afetados a uma bela paisagem que seria estragada por uma estrada; com isso, uma audiência prévia era um gasto desnecessário quando a lei não a previa. Já no segundo, a Constituição Federal garantia o direito a benefícios de seguridade social, então um cálculo utilitarista de gastos com audiências prévias não era justificável para afastá-las<sup>223</sup>.

---

<sup>216</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 209.

<sup>217</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 129-130.

<sup>218</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 132.

<sup>219</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 137.

<sup>220</sup> DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 101.

<sup>221</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 138-139.

<sup>222</sup> DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 144-147.

<sup>223</sup> DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 146-147.

Diante de tais argumentos, podemos concluir que o Tribunal Constitucional é uma organização que não tem pretensões generalizantes e encontra-se localizado na periferia do sistema do Direito, que depende dele para promover as adaptações necessárias frente às expectativas normativas e as ressonâncias ambientais. Como a Teoria dos Sistemas não adota o modelo hierárquico, mas sim a diferença centro/periferia, não há orientações ou comandos a serem dados pelos tribunais (centro/periferia) e seguidos obrigatoriamente pelos demais atores do sistema (legisladores), mas sim formula condições de decisão para que os demais tribunais possam entender e aplicar<sup>224</sup>. Assim, o Tribunal Constitucional, quando decide, não pode fazer valer obrigatoriamente suas decisões para todos os atores, inclusive os próprios tribunais inferiores da organização judiciária – apesar de isso ser raro.

Por conta disso, é correto afirmar que suas decisões buscarão especificidades e comunicarão de maneira *diversa* em relação aos tribunais do centro. Haverá (a) uma comunicação da decisão para dentro de sua própria forma, o que é o esperado no contexto de decisão da própria organização; (b) uma comunicação que promoverá variação dentro do sistema como um todo, pois a periferia deverá comunicar o centro sobre as adaptações promovidas, de forma a reduzir a complexidade e aumentar a redundância; e, por último, essa comunicação (c) *auxiliará o sistema do Direito a oferecer a prestação de sustentabilidade ao ambiente social como um todo* – o que nos leva a uma outra questão: o ambiente do tribunal.

Toda organização possui um ambiente que será, obviamente, o lado de fora de sua forma, o que englobará o sistema ao qual está diretamente ligado (no caso do Tribunal, o Direito) e, ainda, o ambiente da sociedade como um todo, incluindo, principalmente outras organizações. Porém, quando o Tribunal Constitucional *decide*, parece-nos apressado afirmar que ele promoverá *sozinho* a sustentabilidade para todo o ambiente social através de sua comunicação. Ele ainda estará atrelado à função posta pelo sistema social<sup>225</sup> e a incerteza que deve ser resolvida em suas operações<sup>226</sup>. Se pusermos lentes céticas e redutoras, o tribunal, apesar de toda sua importância, está decidindo um único caso referente a um ou algum grupo determinado de

---

<sup>224</sup> LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. Tradução de Saulo Krieger. Tradução das citações em latim Alexander Agnolon. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 428.

<sup>225</sup> LUHMANN, Niklas. **Organization and decision**. Tradução de Rhodes Barrett. Cambridge: Cambridge University Press, 2018. p. 334.

<sup>226</sup> LUHMANN, Niklas. **Organization and decision**. Tradução de Rhodes Barrett. Cambridge: Cambridge University Press, 2018. p. 341.

indivíduos que chegaram, através de um caso concreto, à sua jurisdição. *Nenhum* setor da sociedade se abalará porque uma pessoa teve uma determinada decisão desfavorável à sua pretensão perante um julgador. O ambiente social entende como comunicação a ocorrência de uma resposta ou uma expectativa de resposta do sistema do Direito como um *todo*. Assim, a decisão do Tribunal Constitucional será importante e terá expectativas de promoção de sustentabilidade, porque é esperado que todo o sistema do Direito utilize aquela decisão como premissa para suas operações. Toda organização terá um duplo aspecto em suas decisões, um interno e outro para exposição externa, que busca reconhecimento e suporte<sup>227</sup> – o Tribunal Constitucional não fugirá dessa lógica e também dependerá do suporte e da forma como o sistema do Direito e da organização dos demais tribunais observam suas decisões. A posição do tribunal no sistema, a sua relação de influência e importância com os outros tribunais, todos são características em relação “ao” sistema, e não “apesar do” sistema. É a expectativa de variação sistêmica como um *todo* e de redundância como um *todo* que existirá por meio do sistema social, fazendo as decisões do Tribunal Constitucional prestarem a sustentabilidade desejada pelo ambiente – para isso, ele precisa estar necessariamente adstrito ao sistema do Direito e comunicar sua decisão, e então o sistema fará suas operações de modo a operar ressonâncias ao ambiente e promover sustentabilidade. É o tribunal que possibilita a existência dos acoplamentos estruturais do sistema na complexidade atual, através da coleta de informação e do desencadeamento de irritações<sup>228</sup>, já que o Tribunal Constitucional, apesar de auxiliar o Direito a prestar a sustentabilidade, não consegue fazê-lo diretamente. Mais à frente trataremos do caso brasileiro, mas já adiantamos que não serão raras as vezes que o STF tem pretensões de uma prestação de sustentabilidade, e a resistência do sistema do Direito e dos demais tribunais o impede.

O mesmo não poderá ser dito do Tribunal Constitucional e da integridade. Diferentemente da sustentabilidade, a integridade é tanto uma função sistêmica como uma “fórmula” que pode muito bem ser adotada por membros da organização dos tribunais no seu decidir. Ela detém uma maior autonomia em relação à dependência das estruturas do sistema para ser viabilizada. Se reduzíssemos a teoria de Dworkin ao máximo, não há como afastar que ela poderia ser aplicada por *qualquer* tipo de juiz, não unicamente um juiz com preocupações constitucionais

---

<sup>227</sup> LUHMANN, Niklas. **Organization and decision**. Tradução de Rhodes Barrett. Cambridge: Cambridge University Press, 2018. p. 357.

<sup>228</sup> LUHMANN, Niklas. **Organization and decision**. Tradução de Rhodes Barrett. Cambridge: Cambridge University Press, 2018. p. 330-331.



ou um juiz com uma posição de destaque. Ele falará sobre o modelo Hércules de julgador, ou seja, em que se deverá apreender todas as informações e presumir todos os cenários possíveis antes de julgar. Porém, isso não será uma dependência do sistema do Direito, mas apenas uma programação dentro da organização para tomar a melhor decisão dentro das alternativas disponíveis em seu ambiente. Isso comprova que um julgador, desde que autorizado pelo sistema, pode aplicar a integridade em sua decisão. Dessa maneira, podemos falar de integridade tanto como orientação (ou premissa, a depender do caso) de uma decisão praticada pela organização que adota sua fórmula ao decidir, quanto como função sistêmica de integridade adstrita à colisão de esferas de fundamentabilidade e ao uso de princípios pragmático-problemáticos. Essa “confusão” de integridades acaba fazendo com que uma seja reflexo da outra na operação. O Tribunal Constitucional que aplica a fórmula da integridade promove a função de integridade dentro do sistema. Isso demonstra que há, sim, uma autonomia do uso da integridade em relação ao sistema como um todo – se bem ou se mal, essa seria uma outra questão, mas pode ser utilizada “apesar do” sistema.

A partir dessas falas, resta então um ponto a ser resolvido, que é se há alguma comunicação do Tribunal Constitucional, pensando de forma isolada, direcionada ao ambiente social, aqui excluindo sua função interna do sistema do Direito. Acreditamos que *não*. O tribunal comunica unicamente suas decisões que, invariavelmente, passarão, num primeiro momento, pelas operações do sistema do Direito, como já dito. Isso não significa que o tribunal não pode continuar recebendo as ressonâncias ambientais. Ele as receberá, pois essa é uma de suas funções na estrutura do Direito; além disso, o tribunal continuará tendo relações com outras organizações dentro do seu ambiente, porém serão relações com o fito único de captar as variações de sentido, pois o Tribunal não poderá decidir algo para o qual não foi chamado – ele é puramente reativo, e isso *limita* sua comunicação nesse fluxo.

Essas descrições referentes ao Tribunal Constitucional podem ser contextualizadas e acertadas em sistemas centrais e não periféricos da sociedade global. Quando deslocamos o tribunal para a periferia da sociedade global, como é o caso da América Latina, não há como afastar as variações importantes que teremos nessa organização. No caso desta pesquisa, consideramos o STF no contexto brasileiro.

#### **4.2 O Supremo Tribunal Federal brasileiro na Teoria dos Sistemas**

Antes mesmo de adentrarmos na análise do STF propriamente dito, o próprio contexto do tribunal é merecedor de debate: a periferia da sociedade global. O conceito de região/território é problemático na Teoria dos Sistemas, mas não impossível. No âmbito do sistema psíquico, o conceito de “espaço”, numa diferença de aqui/ali, é possível, desde que haja um afastamento teórico da Fenomenologia Transcendental (o que já foi visto como necessário e possível neste trabalho). Nos sistemas sociais, o próprio Luhmann, em seus textos iniciais, acrescentava-o, não como uma dimensão espacial, mas incluindo-o na temporalidade, numa dimensão espaço-temporal de sentido. Considerando que todas as interações ocorrerão em algum lugar, ainda continuaremos lidando com o conceito de comunicação entre ausentes, porém marcados pelo espaço – basta vermos os constantes conflitos de sentido na comunicação entre Oriente e Ocidente<sup>229</sup>. Dessa forma, Mascareno questiona esse abandono do *espaço* pela Teoria dos Sistemas. Para o sistema político, a noção de espaço é extremamente importante, pois define limites para sua comunicação, estabelece distinção centro/periferia próprios e ainda promove tensões entre a comunicação global e a local. O conceito de espaço acaba trazendo duas noções novas: recipiente (*contenedor*) e relacional. O recipiente traz a noção de que o espaço apenas pode ser ocupado “um por vez”; assim, alguém deve sair para que outro ocupe a posição espacial referida. No âmbito relacional, aumentam-se as possibilidades e oportunidades criativas de constituição, transformação e formação do espaço. Diante disso, essa dimensão temporal não é autônoma e deverá estar adstrita a todas as demais dimensões (objetivas, sociais e temporais)<sup>230</sup>. Ao abraçarmos um conceito de região para a Teoria dos Sistemas, devemos abraçar também essa dimensão de *espaço*.

Assim, apesar de todo o sistema social estar atrelado à sociedade global e moderna como um todo, é inegável que existem diferenças nas estruturas daqueles sistemas constituídos na periferia da relação centro/periferia em aspecto mundial ou, numa melhor diferença, a inclusão/exclusão. Nessa diferenciação de exclusão, as sociedades postas no lado excluído sofrem uma pressão muito grande, que torna difícil ou até impossível a consecução de certos objetivos, especialmente dentro delas próprias, e processos de inclusão e exclusão formais. As instituições não conseguem atender formalmente às expectativas de inclusão dos excluídos, que

---

<sup>229</sup> LEWKOW, Lionel. **Luhmann, intérprete de Husserl**: El observador observado. Buenos Aires: Mino y Davila Editores, 2017. p. 239-240.

<sup>230</sup> MASCARENO, Aldo. **Diferenciación y contingencia em américa latina**. Santiago de Chile: Ediciones Universidad Alberto Hurtado, 2010 (Colección sociología organizaciones, personas, sociedade), p. 90-91.

não participam da comunicação do sistema social, e isso faz essa inclusão ser deslocada para estruturas informais que atraem mecanismos de violência, corrupção e coerção muito pouco vistos no centro da sociedade global<sup>231</sup>. É o caso da América Latina.

No contexto latino-americano, é notável que os sistemas são unicentrados no sistema da Política, diferentemente de alguns<sup>232</sup> sistemas do centro mundial, que conseguem ser pluricentrados, não havendo uma predominância clara de um ou de outro. Isso faz com que o Direito tenha, com a Política na América Latina, uma relação diversa daquela em que as decisões políticas e suas operações não serão, necessariamente, iguais às decisões jurídicas, por operarem em códigos diversos. No contexto latino-americano em geral, o Direito encontra uma impossibilidade de operar, que é a falta de positivação das regras jurídicas, um elemento importante e pretérito a permitir uma autonomia do sistema do Direito<sup>233</sup>. No caso brasileiro, essa impossibilidade não se apresenta, pois, ao contrário, a Constituição Federal gera uma responsividade do STF<sup>234</sup> e outros tribunais que extrapola qualquer necessidade de maiores positivações, além de que há também uma ampla gama de dispositivos legais infraconstitucionais. Isso demonstra que, mesmo dentro da periferia, teremos novas distinções de centro/periferia, com novos reflexos. Todavia, o que ocorrerá no contexto do Brasil serão as constantes sobreposições e os bloqueios significativos, a ponto de levar à conclusão pela falta de acoplamento estrutural por meio da Constituição no caso brasileiro<sup>235</sup>. O Direito periférico entra em conflito com a Política, e as decisões judiciais vão necessariamente refletir esse contexto em operações importantes de fechamento do sistema, que não conseguem ser realizadas por conta da intervenção do poder político, o qual desvaloriza a semântica do texto constitucional no processo de concretização. Em vez de autonomia do sistema do Direito, teremos casos de uma heteronomia com a Política<sup>236</sup>.

---

<sup>231</sup> MASCARENO, Aldo. **Diferenciación y contingencia em américa latina**. Santiago de Chile: Ediciones Universidad Alberto Hurtado, 2010 (Colección sociología organizaciones, personas, sociedade), p. 93-96.

<sup>232</sup> O próprio Luhmann aceita que existiram sistemas uni-centrados na Política no centro da sociedade mundial quando do Estado intervencionista ou de bem-estar social. Cf. MASCARENO, Aldo. **Diferenciación y contingencia em américa latina**. Santiago de Chile: Ediciones Universidad Alberto Hurtado, 2010 (Colección sociología organizaciones, personas, sociedade). p. 156.

<sup>233</sup> MASCARENO, Aldo. **Diferenciación y contingencia em américa latina**. Santiago de Chile: Ediciones Universidad Alberto Hurtado, 2010 (Colección sociología organizaciones, personas, sociedade), p. 157-158.

<sup>234</sup> VIEIRA, Oscar Vilhena. **A batalha dos poderes**: Da transição democrática ao mal-estar constitucional. São Paulo: Companhia das Letras, 2018. p. 177-178.

<sup>235</sup> NEVES, Marcelo. **Constituição e direito na modernidade periférica**: uma abordagem teórica e uma interpretação do caso brasileiro. Tradução por Antônio Luiz Costa. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2018. p. 262-264.

<sup>236</sup> MASCARENO, Aldo. **Diferenciación y contingencia em américa latina**. Santiago de Chile: Ediciones Universidad Alberto Hurtado, 2010 (Colección sociología organizaciones, personas, sociedade), p. 169-170

Nesse horizonte social, o STF difere de outros Tribunais Constitucionais localizados no centro da sociedade global e também de outros da periferia latino-americana, pois ele não é apenas um Tribunal Constitucional, mas também um órgão julgador do mais alto nível da hierarquia do Judiciário do Brasil e, ainda, é órgão regulatório/político quando, por meio do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), seus membros tomam a presidência para promover políticas públicas relacionadas ao Judiciário. Essa miríade de atribuições é relacionada ao texto constitucional, que concedeu ao STF um caráter muito mais responsivo que outros tribunais na resposta dos problemas sociais (por vezes, não constitucionais). Assim, ele está tanto na periferia do sistema como também no centro dele. Cabe uma ressalva importante: Luhmann, ao tratar das funções da periferia dos tribunais, chega a defender que o localizado na periferia também teria relações com o centro na diferença centro/periferia; haveria uma interdependência de ambos<sup>237</sup>. Não é o que estamos afirmando aqui. O STF acaba sendo uma organização que opera na periferia do sistema, quando atua como Tribunal Constitucional, e opera também no centro, quando atua como Corte Superior, situação em que deveria ter um autoisolamento cognitivo ambiental maior. Por isso, não raras vezes teremos situações em que toda a jurisprudência é construída por ele ou casos não constitucionais que têm, através dele, sua decisão final, e, posteriormente, a política pública relacionada àquela decisão é, mais uma vez, tomada por ele próprio através do CNJ. Essa confusão de atribuições faz com que a organização tome para julgamento casos claros de operações redundantes no centro do sistema, porém que chegaram por meio de recursos judiciais de caráter eminentemente constitucional (Recurso Extraordinário), tal como a disputa sobre exclusividade da marca iPhone entre a Apple e a Gradiente<sup>238</sup>, que nada detém de constitucional, mas tem grande relevância econômica.

As comunicações do STF *serão* alteradas por esse contexto. A diferença funcional integridade/sustentabilidade dentro do sistema do Direito continuará existindo, porém com algumas nuances importantes quando relacionadas ao STF. Como vimos anteriormente, o

---

<sup>237</sup> LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. Tradução de Saulo Krieger. Tradução das citações em latim Alexander Agnolon. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 431.

<sup>238</sup> MENDES, Lucas; Rosa, João. STF vai julgar no plenário físico a disputa de Apple e Gradiente pela marca iPhone. **CNN Brasil** [online], São Paulo. 23 de out. 2023. Disponível em: [https://www.cnnbrasil.com.br/economia/stf-vai-julgar-no-plenario-fisico-a-disputa-de-apple-e-gradiente-pela-marca-iphone/#:~:text=iPhone%20%7C%20CNN%20Brasil-.STF%20vai%20julgar%20no%20plen%C3%A1rio%20f%C3%ADsico%20a%20disputa,e%20Gradiente%20pela%20marca%20iPhone&text=O%20Supremo%20Tribunal%20Federal%20\(STF,marca%20%E2%80%9CiPhone%E2%80%9D%20no%20Brasil](https://www.cnnbrasil.com.br/economia/stf-vai-julgar-no-plenario-fisico-a-disputa-de-apple-e-gradiente-pela-marca-iphone/#:~:text=iPhone%20%7C%20CNN%20Brasil-.STF%20vai%20julgar%20no%20plen%C3%A1rio%20f%C3%ADsico%20a%20disputa,e%20Gradiente%20pela%20marca%20iPhone&text=O%20Supremo%20Tribunal%20Federal%20(STF,marca%20%E2%80%9CiPhone%E2%80%9D%20no%20Brasil). Acesso em 01/05/2024.

Tribunal Constitucional dependeria que sua decisão fosse comunicada ao sistema do Direito, para que ele prestasse sustentabilidade ao ambiente. Isso não se altera no contexto brasileiro, porém, no caso de tribunais localizados no centro da sociedade global, esse “caminho” era realizado sem muitas preocupações ou intercorrências. Quando tratamos do caso brasileiro, há uma chance de que o sistema do Direito não se adapte frente à decisão comunicada pelo STF. Luhmann prevê essa ocorrência quando considera que, quanto mais importante é a decisão, maior pode ser a sua necessidade de consenso ou de concessões, o que gerará paradas, estagnações e omissões, e a organização não poderá ignorar a não aceitação (e, por consequência, decisão) dos membros hierarquicamente inferiores<sup>239</sup>.

Em tempos recentes, o STF, no julgamento do Tema n. 725 de Repercussão Geral (ADPF n. 324 e RE n. 958.252/MG) e, posteriormente, do Tema n. 739 e ADI n. 5.625/DF, pacificou o entendimento de que é lícita a pejetização e a terceirização de trabalho ainda que de atividade-fim, portanto possibilitando ao sistema da Economia adotar formas de contratação mais flexíveis. Ocorre que houve resistência por parte dos tribunais trabalhistas ordinários frente à aplicação da comunicação dessa decisão. O STF, para eles, não foi convincente o suficiente. Uma forma objetiva de analisarmos esse tipo de efeito é a quantidade de reclamações constitucionais sobre o tema. A reclamação é um instrumento processual na legislação brasileira (art. 988 e seguintes do Código de Processo Civil) apto a questionar decisões ordinárias que violem teses vinculantes, como as provenientes do STF. Assim, quanto mais reclamações constitucionais sobre o tema existirem, mais se observa uma resistência dos tribunais ordinários do centro do sistema à adaptação, apesar da comunicação pela periferia. Diante de tal cenário, o número de reclamações constitucionais derivadas de decisões da Justiça do Trabalho referente à terceirização subiu consideravelmente, sendo quase que 15% (quinze por cento) de todas as reclamações do tribunal, e podemos concluir “que temas relacionados à terceirização representam uma importante parcela de tudo o que é discutido por meio de reclamação constitucional no STF”<sup>240</sup>. Esse cenário de resistência gerou fortes debates na Primeira Turma do STF, que ressaltou a quantidade de reclamações constitucionais sobre determinada matéria,

---

<sup>239</sup> LUHMANN, Niklas. **Organization and decision**. Tradução de Rhodes Barrett. Cambridge: Cambridge University Press, 2018. p. 108.

<sup>240</sup> PASQUALETO, Olívia de Quintana Figueiredo; BARBOSA, Ana Laura Pereira; FIOROTTO, Laura Arruda. **Terceirização e pejetização no STF**: Análise das reclamações constitucionais (FGV Direito SP – Coordenadoria de Pesquisa Jurídica Aplicada – Relatórios). Disponível em: <https://repositorio.fgv.br/items/b8957d04-ce85-4a97-8cf9-3c663336932b>. Acesso em 01/05/2024.

e o julgamento teria sido no sentido de não aumentar ainda a mais a litigiosidade. A conclusão dos ministros foi de que algo deveria ser feito no futuro em relação a esse grande número de reclamações<sup>241</sup>. Se verificarmos publicações de grandes escritórios, principais interlocutores das organizações do sistema da Economia frente às ressonâncias do sistema do Direito, vemos que eles afirmam não haver “segurança jurídica suficiente para afirmar que o STF considera lícita qualquer forma de contratação de prestação de serviços por intermédio de pessoa jurídica”<sup>242</sup>. Todas essas informações vêm para validar a observação de que o Tribunal Constitucional depende, necessariamente, do sistema do Direito como um todo para poder realizar a prestação de sustentabilidade ao ambiente; do contrário, a ressonância não será realizada por completo, e o ambiente social não conseguirá perceber corretamente a variação de sentido promovida.

No caso em específico aqui trazido, apesar de não ser nosso objeto de pesquisa, apostamos na hipótese de que a explicação para tal fenômeno é que a decisão do STF acabou por gerar um risco de extinção ou redução considerável das incertezas, que serão levadas para uma outra organização hierarquicamente inferior, que é a Justiça do Trabalho no Brasil – ela perderia seu propósito. O STF é uma organização, assim como a Justiça do Trabalho, porém ambos fazem parte de uma outra organização, que é o Poder Judiciário, em que o primeiro está hierarquicamente superior ao segundo. Caso o julgamento do STF fosse aplicado, essa organização judiciária inferior poderia estar fadada à extinção por falta de propósito, o que acaba por gerar uma resistência grande de sua parte a obedecer, pois todo sistema, inclusive os organizacionais, preza pela sua própria sobrevivência. Considerando que o STF não pode, por meio de uma decisão, extinguir por completo um ramo do Judiciário previsto na Constituição Federal e que as decisões da esfera trabalhista continuam a existir, já que os casos ainda são levados a ela, entramos nesse “conflito pela sobrevivência” entre organizações vinculadas umas às outras dentro do sistema do Direito, sem previsão para ser solucionado. Um ator importante a solucionar um conflito dessa natureza seria o próprio sistema do Direito através de sua

---

<sup>241</sup> "Os precedentes são ignorados (...) a necessidade de entrar com rescisórias, é negar vinculações de decisões do STF. (...) 67% das nossas reclamações são em relação à Justiça do Trabalho, há alguma coisa muito errada" Cf. STF: RECLAMAÇÃO contra decisão trabalhista não substitui rescisória. Migalhas. [online], São Paulo. 07 de mai. 2024. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/406830/stf-reclamacao-contradecisao-trabalhista-nao-substitui-rescisoria>. Acesso em 01/05/2024.

<sup>242</sup> TAKANO, Rodrigo Seizo; BUNDUKI, Ana Júlia Sales Aragão; GERMINIANI, Murilo Caldeira. **STF e a contratação de pessoa jurídica: pejetização agora é válida?**. Disponível em: <https://www.machadomeyer.com.br/pt/inteligencia-juridica/publicacoes-ij/trabalhista-ij/stf-e-a-contratacao-de-pessoa-juridica-pejetizacao-agora-e-valida>. Acesso em 01/05/2024.

característica imunológica. Porém, considerando que esse conflito se encontra no próprio sistema, com o órgão hierárquico mais alto não conseguindo fazer valer suas decisões, encontramos uma nova barreira. De toda sorte, seria temerário afirmar ter ocorrido qualquer tipo de prestação de *sustentabilidade* nessa decisão do STF.

Esses debates sobre a falta de aderência da decisão do STF com as operações do sistema nada se relacionam com algum tipo de *déficit* ou falta de coerência na argumentação jurídica realizada. O nível de observação que está sendo feito aqui é muito superior ao que as análises de argumentação jurídica permitem. A falta de unificação da argumentação para teses centrais<sup>243</sup> ou a falta de uniformização prévia<sup>244</sup>, como ocorre em outros países<sup>245</sup>, nos casos concretos de julgamento do STF não são uma espécie de novidade. Apesar disso, diversas decisões do tribunal são realizadas e recebem aderência do sistema do Direito como um todo. De forma a utilizarmos um caso conhecido como exemplo, mencionamos a ADI n. 3.510 – autorização ou não de estudo de células-tronco embrionárias no Brasil –, em que, ainda que com votos vencedores, tem-se uma dificuldade em chegar a uma tese central do caso<sup>246</sup>. Porém, *alguma* decisão foi comunicada, e houve uma aderência do sistema do Direito a tal decisão, o que fez com que houvesse uma prestação de sustentabilidade ao ambiente social, e os sistemas da Economia e da Ciência, percebendo a ressonância produzida, iniciaram operações empreendedoras para suprir o mercado, que agora estava validado legalmente, e incrementaram força a esse tipo de pesquisa, respectivamente. Na ótica da Teoria dos Sistemas, a argumentação não consegue dotar de validade a operação do Direito, apenas o próprio Direito pode fazê-lo. Assim, constitui-se a diferença validade/argumentação. Dessa decisão do Direito, a falta de unicidade da tese central e/ou a falta de coerência dos argumentos, nada disso importa, pois do outro lado da forma *alguma coisa válida* será comunicada. Devido a isso, concluímos que a falta de prestação de sustentabilidade para o ambiente pela falta de aderência às decisões do

---

<sup>243</sup> ROESLER, Cláudia Rosane; RUBINGER-BETTI, Gabriel. O julgamento da ADI no 3510 sob a perspectiva argumentativa. **Novos Estudos Jurídicos**, v. 19, n. 03, p. 663-694, 2014. Disponível em: <https://periodicos.univali.br/index.php/nej/article/view/6666>. Acesso em 03 de dez. de 2022.

<sup>244</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. Deciding Without Deliberating. **International Journal of Constitutional Law**, vol. 11, n. 3, 2013, p. 570. Disponível em: <https://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2013-ICON-11-Deciding-Deliberating.pdf>. Acesso em 03 de dez. de 2022.

<sup>245</sup> DO VALE, André Rufino. **Argumentação Constitucional: um estudo sobre a deliberação nos Tribunais Constitucionais**. 2015. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília. p. 365-368.

<sup>246</sup> ROESLER, Cláudia Rosane; RUBINGER-BETTI, Gabriel. O julgamento da ADI no 3510 sob a perspectiva argumentativa. **Novos Estudos Jurídicos**, v. 19, n. 03, p. 663-694, 2014. Disponível em: <https://periodicos.univali.br/index.php/nej/article/view/6666>. Acesso em 03 de dez. de 2022.

STF não é uma questão relacionada à argumentação do STF, mas parte de uma operação sistêmica como um todo.

Uma outra peculiaridade do STF frente a outros tribunais da sociedade global é o caso dos poderes individuais que cada ministro possui. O direito processual brasileiro autoriza que um julgador de um órgão colegiado, de forma isolada e inicialmente sem diálogo com seus pares, prolate uma decisão de urgência que, em momento posterior, será reavaliada pelos demais membros da Corte, e, posteriormente, esse mesmo ministro será o responsável por “conduzir” o processo através da redação de seu relatório e do voto. Os ministros do STF têm se utilizado dessa prerrogativa e do poder que lhes é conferido para tomar decisões supostamente à margem de seus pares. De 1988 até 2018, cerca de 72,4% dos processos judiciais do STF tiveram unicamente decisões monocráticas – ou seja, o órgão colegiado nem sequer teve momento de apreciar tais decisões –, e 16,15% foram decisões monocráticas analisadas em lote pelo colegiado – em plenários virtuais sem qualquer tipo de debate real<sup>247</sup>. Apenas uma pequena parcela foi uma decisão colegiada tomada efetivamente com debates. Os ministros já afirmaram não conseguir ler, por falta de tempo, os relatórios elaborados pelo relator, salvo quando há um caso emblemático<sup>248</sup>. Some-se tal informação à de que 95,42% dessas decisões do STF são unânimes e temos um cenário conclusivo da força que um único ministro-relator possui na condução desses processos<sup>249</sup>. A prática de “segurar” o processo para que ele não seja posto em pauta também é bastante comum, às vezes de forma estratégica para evitar alguma decisão contrária<sup>250</sup> ou então para forçar uma mudança de entendimento de determinado tema – como aconteceu com a revisão da vida toda e o julgamento das ADI n. 2110 e ADI n. 2111, que tratam de ações que aguardavam julgamento havia 20 (vinte) anos e foram recuperadas para alterar uma posição recente do tribunal<sup>251</sup>.

---

<sup>247</sup> PEREIRA, Thomaz; ARGUELHES, Diego Werneck; ALMEIDA, Guilherme da Franca Couto Fernandes de. **Quem decide no Supremo?** Tipos de decisão colegiada no tribunal (1988-2018). Vol. VIII. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2020 (Coleção Supremo em Números). p. 37

<sup>248</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. "Um voto qualquer"? O papel do ministro relator na deliberação no Supremo Tribunal Federal. **REI – Revistas de Estudos Institucionais**, vol. 1, n. 1, 2016, 180–200. Disponível em: <https://doi.org/10.21783/rei.v1i1.21>. Acesso em 01/05/2024. p. 189.

<sup>249</sup> PEREIRA, Thomaz; ARGUELHES, Diego Werneck; ALMEIDA, Guilherme da Franca Couto Fernandes de. **Quem decide no Supremo?** Tipos de decisão colegiada no tribunal (1988-2018). Vol. VIII. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2020 (Coleção Supremo em Números). p. 67.

<sup>250</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. "Um voto qualquer"? O papel do ministro relator na deliberação no Supremo Tribunal Federal. **REI – Revistas de Estudos Institucionais**, vol. 1, n. 1, 2016, 180–200. Disponível em: <https://doi.org/10.21783/rei.v1i1.21>. Acesso em 01/05/2024. p. 189.

<sup>251</sup> <https://www.conjur.com.br/2024-mar-22/adi-2-110-fator-previdenciario-periodo-basico-de-calculo-e-salario-maternidade/>



Essa autonomia e esse poder decisório conferido aos membros do STF faz com que as decisões da organização pareçam ser realizadas de forma individual por cada um deles, tal qual fosse a organização por inteiro decidindo, o que gera críticas que discutem a perda da força coletiva do STF, uma “ministocracia”<sup>252</sup> ou ainda a criação de “zonas de autarquia”<sup>253</sup>. Essa descrição é *falsa*. Toda decisão atribuída a um único indivíduo consiste em uma observação que não corresponde à realidade; em verdade, as decisões das organizações devem presumir um time líder que dita tais decisões<sup>254</sup> – esse time pode ser todos os 11 (onze) ministros ou alguns mais influentes entre eles. Se há uma fragmentação de jurisdição, isso não decorre de uma falha do STF, mas sim de uma decisão organizacional dele. O tribunal (ou seus ministros mais influentes entre os demais) coletivamente decide (agindo ou se omitindo) manter esse tipo de estrutura em que cada ministro tem um poder individual maior, seja por uma necessidade de dar vazão à grande quantidade de processos que chegam, seja por uma estratégia de atribuir a *apenas um* a responsabilidade de determinada decisão de impacto social – nunca saberemos. Se esse tipo de estruturação se torna obsoleta ou desinteressante, há mudanças perceptíveis, quando, por exemplo, o ministro presidente do STF à época revoga decisões monocráticas liminares de algum relator ou vice-versa<sup>255</sup>, ou quando há uma mudança estrutural com a alteração do regimento interno para forçar a devolução de processos após 90 (noventa) dias úteis de prazo de vistas ou decisões liminares, como vimos na Emenda n. 58/2022.

Além disso, o STF, diferentemente de outros tribunais, promoverá comunicações que não serão decisões jurídicas diretas com o ambiente social e o sistema do Direito. Torna-se bastante comum, para não dizer ainda *cotidiano*, a situação de ministros do STF dando entrevistas em caráter de anonimato, seja sobre assuntos de julgamentos realizados<sup>256</sup>, seja comentando projetos de lei ainda em tramitação, sem nem sequer serem instados a qualquer tipo de

---

<sup>252</sup> VIEIRA, Oscar Vilhena. **A batalha dos poderes**: Da transição democrática ao mal-estar constitucional. São Paulo: Companhia das Letras, 2018. p. 201

<sup>253</sup> RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?** Para uma crítica do direito (brasileiro). Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013. p. 170-175.

<sup>254</sup> LUHMANN, Niklas. **Organization and decision**. Tradução de Rhodes Barrett. Cambridge: Cambridge University Press, 2018. p. 64.

<sup>255</sup> REIS, Ulisses Levy Silvério dos; MEYER, Emilio Peluso Neder. “Ministrocracia” e decisões individuais contraditórias no Supremo Tribunal Federal. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 11, n. 3. p. 401-425, 2021.

<sup>256</sup> BRIGIDO, Carolina. Ministros do STF dizem que é improvável mudança em decisão sobre imprensa. **Uol** [online], São Paulo. 29 de nov. 2023. Reportagem. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/colunas/carolina-brigido/2023/11/29/ministros-do-stf-dizem-que-e-improvavel-mudanca-em-decisao-sobre-imprensa.htm>. Acesso em 01/05/2024.

juízo<sup>257</sup>. Podemos ver o órgão institucional emitindo notas públicas à imprensa de forma a “corrigir” matérias<sup>258</sup> ou se defender de alguma notícia negativa<sup>259</sup> ou, ainda, ministros do STF acompanhando debates de políticas públicas de emergência, juntamente com membros dos Poderes Executivo e Legislativo<sup>260</sup>. Com a criação do CNJ e com ministros do STF em sua presidência, o STF também implementa políticas públicas das próprias decisões tomadas, como no caso das uniões estáveis homoafetivas (ADI n. 4277), regulamentadas pelo CNJ dois anos depois, através da Resolução n. 175, ou, ainda, da obrigatoriedade das audiências de custódia (ADI n. 5240), regulamentada pela Resolução n. 213. A autoridade do STF é tamanha que, até mesmo se o CNJ buscar se “rebelar” e tomar alguma decisão colegiada contrária aos ditames do STF e de seus ministros, ainda caberá impugnação judicial específica *direcionada* ao STF para que ele, coletivamente, resolva a questão (art. 102, inciso I, alínea “r” da Constituição Federal). Com a abertura do Inquérito n. 4.781 (Inquérito das Fake News), tivemos um STF muito mais atuante, por vezes de ofício, promovendo diversas decisões monocráticas com documentos sigilosos até mesmo para os próprios investigados e seus advogados, o que chegou a preocupar atores sociais<sup>261</sup>. Seus ministros também buscam se comunicar cientificamente, não apenas através do magistério, mas também através da construção de complexos de ensino – Gilmar Mendes, com o Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP), e André Mendonça, com o Instituto Iter<sup>262</sup> –, portanto buscando algum tipo de comunicação científica. Ao fim, com certeza não menos importante, os ministros têm relações aproximadas

---

<sup>257</sup> REZENDE, Constança. Projeto na Câmara sobre fake News não interfere em julgamento do STF, dizem ministros. **Folha de São Paulo** [online], São Paulo. 29 de mar. 2023. Folhajus. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2023/03/projeto-na-camara-sobre-fake-news-nao-interfere-em-julgamento-do-stf-dizem-ministros.shtml>. Acesso em 01/05/2024.

<sup>258</sup> BLOG INVENTA frases e muda contexto de fala do ministro Gilmar Mendes. **Supremo Tribunal Federal**, Brasília. 24 de abr. 2022. #Verdades do STF. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=485767&ori=1>. Acesso em 01/05/2024.

<sup>259</sup> TEIXEIRA, Matheus *et. al.* STF reage a relatório que expõe Moraes, bolsonaristas exploram e governo minimiza. **Folha de São Paulo** [online], São Paulo. 18 de abr. 2024. Poder. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2024/04/stf-reage-a-relatorio-divulgado-nos-eua-e-diz-que-todas-as-suas-decisoes-sao-fundamentadas.shtml>. Acesso em 01/05/2024.

<sup>260</sup> STF PARTICIPA de reunião para o anúncio de novas ações de ajuda ao RS. **Supremo Tribunal Federal**, Brasília. 13 de mai. 2024. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=537017&ori=1>. Acesso em 01/05/2024.

<sup>261</sup> Não vamos trazer diversas notícias sobre este Inquérito amplamente difundido na mídia, todavia, sugerimos conferir o texto de Clarissa Gross. Cf. GROSS, Clarissa; ROSA, Leonardo Gomes Penteado. O duplo cerco à liberdade de expressão: No inquérito das fake news, o STF não diferencia uso e abuso da liberdade de expressão, mas lhe impõe um segundo cerco. **Quatro cinco um** [online], São Paulo, 19 de ago. 2020. Laut Liberdade e autoritarismo. Disponível em: <https://quatrocinco.um.com.br/artigos/liberdade-e-autoritarismo/o-duplo-cerco-a-liberdade-de-expressao/>. Acesso em 01/05/2024.

<sup>262</sup> ANDRÉ MENDONÇA, do STF, abre instituto com ex-ministro de Bolsonaro. **O Globo** [online], Rio de Janeiro. 11 de mar. 2024. Política. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/politica/noticia/2024/03/11/andre-mendonca-do-stf-abre-instituto-com-ex-ministro-de-bolsonaro.ghtml>. Acesso em 01/05/2024.

com agentes políticos como os do Congresso Nacional<sup>263</sup>, e muitos ministros do STF tem algum caminho pela política: tendo sido ministro de Estado do presidente que lhe indicou, como Alexandre de Moraes e Flávio Dino; advogado-geral da União do presidente que lhe indicou, no caso de André Mendonça e Gilmar Mendes; ou ainda advogado particular vinculado de alguma maneira ao presidente que lhe indicou, como Dias Toffoli (advogado do Partido dos Trabalhadores e Advogado-Geral da União) e Cristiano Zanin (advogado particular do presidente). Essa aproximação leva, evidentemente, a reuniões extraoficiais dos ministros com atores do cenário político<sup>264</sup>. Todas essas situações demonstram que o sistema de organização do STF promove comunicações frente aos mais variados sistemas sociais funcionais e organizacionais e não se importa, pelo menos não ostensivamente, com questões de distanciamento entre julgadores e partes, de que “o juiz fala apenas nos autos” ou da necessária inércia em suas atribuições jurisdicionais.

Temos a problemática em relação a isso que é o afastamento da inércia atinente a todo órgão julgador do Direito. O que permite a clausura de fechamento do sistema do Direito é exatamente o *non liquet*, a vinculação ao Direito vigente e a inércia dos julgadores que aguardam os conflitos que chegarão. Como vimos, por estar localizado na periferia, o *non liquet* e a vinculação ao direito positivo não são uma regra no Tribunal Constitucional, pois há uma autorrestrição do sistema do Direito para a jurisdição do órgão, bem como a utilização de princípios pragmáticos-problemáticos faz com que ele possa ter decisões mais criativas, de maneira a “traduzir” as ressonâncias ambientais dos demais sistemas funcionais. Todavia, no centro da sociedade global, a inércia da jurisdição do julgador é uma constante. O STF altera essa dinâmica tanto no âmbito jurisdicional quanto no da sua comunicação com outros sistemas, como visto antes. Ater-nos a cada um dos aspectos das variadas comunicações realizadas por ele e seus membros demandaria um gasto excessivo de tempo e criaria uma completa nova pesquisa; assim, torna-se prudente nos restringirmos ao aspecto mais crucial – ao nosso olhar, a atuação de ofício do tribunal em âmbito jurisdicional, o que nos leva ao caso do Inquérito n.

---

<sup>263</sup> APÓS REUNIÃO com deputados, Fux retira de pauta ações contra juiz de garantias. **Gazeta do Povo** [online], Paraná. 17 de nov. 2021. República. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/republica/breves/fux-retira-de-pauta-acoes-contrajui-de-garantias/>. Acesso em 01/05/2024.; MUNIZ, Mariana; LINDNER, Julia; ÉBOLI, Evandro. Fux se aproxima do Congresso após atos antidemocráticos no 7 de setembro. **O Globo** [online], Rio de Janeiro. 08 de nov. 2021. Política. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/politica/fux-se-aproxima-do-congresso-apos-atos-antidemocraticos-no-7-de-setembro-25267955>. Acesso em 01/05/2024.

<sup>264</sup> E-MAILS REVELAM ‘agendas privadas’ de Bolsonaro com ministros do STF. **Carta Capital** [online], São Paulo. 14 de ago. 2023. Justiça. Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/politica/e-mails-revelam-agendas-privadas-de-bolsonaro-com-ministros-do-stf/>. Acesso em 01/05/2024.

4.781 (Inquérito das Fake News). Para alguns críticos, essa atuação poderia ser uma *falha* da atuação jurisdicional do STF, mas, para a Teoria dos Sistemas, é uma *adaptação*. Todas as comunicações realizadas pelo STF até então, apesar de independentes e bastante ativas (no sentido de não responsivas ou decorrentes de inércia), não subvertiam a “regra” de inércia da jurisdição. Os ministros poderiam comentar anonimamente na mídia casos que *poderiam chegar ainda* ao STF ou então conversar com atores políticos sobre casos que *chegaram* em sua jurisdição e o que fazer, de forma a sofrer influência ou influenciar. Porém, não se tem notícia de outra situação em que o STF tivesse atuado de ofício de forma jurisdicional.

O Inquérito n. 4.781 foi uma novidade, pois ele foi aberto de ofício pelo ministro Dias Toffoli, presidente do tribunal à época, dentro de um contexto de grande crítica e pressão da mídia decorrente da “Operação Lava-Jato”, e foi justificado informalmente como: “Tem que dar porrada. Nós só estamos apanhando”<sup>265</sup>. Essa frase é o resultado de uma contínua e longa pressão nas estruturas dos sistemas sociais funcionais. Desde 2013, o Brasil tem passado por um fenômeno de moralização do Direito, através da influência lavajatista, e, posteriormente, por uma crise programática diante da falta de proposta de alternativas pelos partidos tradicionais<sup>266</sup>, da Política. Ela se agravou com o crescimento das redes sociais e a proliferação de opiniões da blogosfera não mais vinculadas à grande mídia, o que aumentou a divisão e o distanciamento de grupos dentro da sociedade, sempre criando inimigos<sup>267</sup> e gerando uma “guerra cultural”<sup>268</sup>. As redes sociais se tornaram organizações algorítmicas comunicadoras da moral, o que criou um vírus de ódio que contaminou as comunicações e colocou os sistemas funcionais do Direito e da Política em perigo. Diante disso, juntamente com uma incapacidade de o sistema da Ciência fazer análises com preocupações ecológicas, os sistemas funcionais tomaram medidas de proteção que encobrem artificialmente os riscos do vírus<sup>269</sup>. O Inquérito n. 4.781 foi a medida encontrada pelo STF e pelo sistema do Direito.

---

<sup>265</sup> RECONDO, Felipe; WEBER, Luiz. **Os onze**: o STF, seus bastidores e suas crises. São Paulo: Companhia das Letras, 2019. p. 29.

<sup>266</sup> LELLIS, Nelson; DUTRA, Roberto. Programmatic Crisis and Moralization of the Politics: a Proposal to Define the Bolsonarism from the Experience with the Covid-19 Pandemic. **International Journal of Latin American Religions**, 04, 2020. p. 343-344

<sup>267</sup> MISKOLCI, Richard; BALIEIRO, Fernando de Figueiredo. The moralization of politics in Brazil. **International Sociology**, vol 38 (4), 2023, 480-496. p. 490.

<sup>268</sup> LELLIS, Nelson; DUTRA, Roberto. Programmatic Crisis and Moralization of the Politics: a Proposal to Define the Bolsonarism from the Experience with the Covid-19 Pandemic. **International Journal of Latin American Religions**, 04, 2020. p. 356.

<sup>269</sup> CARNEIRO, Walber Araujo. La pandemia de odio y las nuevas posibilidades mediáticas de la moral: um análisis ecológico del sistema político. **MAD**, n. 50, p. 1-18, 2014. Disponível em: <https://doi.org/10.5354/0719-0527.2024.75574>. Acesso em 05/08/2024. p. 19-20.

Com a falta de atuação do Ministério Público Federal<sup>270</sup> para investigações criminais diante dos sucessivos ataques ao STF, conduzida por Procuradores-gerais da República que não foram eleitos pela categoria (portanto, indicações políticas)<sup>271</sup>, o STF se sentiu desprotegido e exposto a uma decisão do sistema da Política, sem entender ainda que o perigo vinha das redes sociais<sup>272</sup>. Esse sentimento de desproteção se agravou quando, após abertura do inquérito, o Ministério Público Federal solicitou o arquivamento do procedimento<sup>273</sup>. Tal conduta levou à irritação do sistema, pois uma organização importante do sistema do Direito brasileiro, originalmente desvinculada do código da Política, estaria impossibilitada de operar por ter sido “cooptada” à inércia diante da escolha política, e isso estaria expondo a organização do STF a ponto de este questionar sua sobrevivência<sup>274</sup>. Diante disso, o STF teve que fazer uma nova seleção para se *adaptar*, tomar medidas imunológicas adequadas contra os sucessivos ataques e criar mecanismos de proteção dentro do STF que fossem equivalentes funcionais ao sistema do Direito. O Inquérito n. 4.781 realmente se transformou em uma estrutura dentro da organização que a “protegeu” dos mais variados “ataques”: matérias jornalísticas, comentários *online*, grupos de WhatsApp privados, investigações fiscais contra os ministros do STF, operações de *hackers* e até mesmo falas do empresário Elon Musk, no exterior. No acórdão de mérito da ADPF n. 572/2020, o STF basicamente deixa às claras que o sentido da existência desse inquérito é a sua sobrevivência, do sistema do Direito e da Política, ao dizer que ele está limitado às “manifestações que, denotando risco efetivo à independência do Poder Judiciário, pela via

---

<sup>270</sup> O sistema do Direito brasileiro dotou o Ministério Público como a organização que “resolve” a regra da inércia dos tribunais em casos especiais. Enquanto os tribunais devem decidir apenas o que lhes são trazidos, o Ministério Público é aquele que decide *o que* trazer aos tribunais, especialmente casos de interesse público, assim, evitando que existam situações em que os atores privados e/ou governamentais acordem por realizar operações fora da conformidade do Direito e não tragam o caso ao sistema do Direito para ser resolvido. Entre estas atribuições do Ministério Público, existe a promoção de ações criminais, como por exemplo, contra ministros do STF.

<sup>271</sup> Raquel Dodge escolhida pelo Presidente Michel Temer sem ter sido a mais votada da lista tríplice e Augusto Aras Escolhido pelo Presidente Jair Bolsonaro sem estar presente na lista tríplice.

<sup>272</sup> O STF só foi compreender que o problema estaria nas redes sociais muito tempo depois já nas eleições presidenciais de 2022 e o combate ativo contra às “Fake News”, quando Alexandre de Moraes afirma que “notícias fraudulentas são a praga do século 21”. Cf. EM EVENTO no STF, Moraes afirma que notícias falsas “são a praga do século 21”. **Tribunal Superior Eleitoral** [online], Brasília. 14 de set. 2023. Notícias. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/comunicacao/noticias/2023/Setembro/em-evento-no-stf-moraes-afirma-que-noticias-falsas-201csao-a-praga-do-seculo-21201d>. Acesso em 01/05/2024.

<sup>273</sup> LORENZETTO, Bruno Meneses; PEREIRA, Ricardo dos Reis. O supremo soberano no estado de exceção: (des)aplicação do direito pelo STF no âmbito do inquérito das “Fake News” (Inquérito n. 4.781). **Sequência**, Florianópolis, n. 85, p. 173-203, ago. 2020. p. 197

<sup>274</sup> Não que isso seja um ponto determinante para este sentimento, mas, certamente, contribui ao contexto social saber que um terço da população desejava fechar o STF em 2019. Cf. MARCELINO, Daniel; MELLO, Fernando. Pesquisa JOTA: 34% dos brasileiros aceitam fechar o Congresso e 32%, o STF. **JOTA** [online], São Paulo. 08 de jul. 2019. Avaliação. Disponível em: [https://www.jota.info/paywall?redirect\\_to=//www.jota.info/stf/pesquisa-jota-34-dos-brasileiros-aceitam-fechar-o-congresso-e-32-o-stf-08072019](https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/stf/pesquisa-jota-34-dos-brasileiros-aceitam-fechar-o-congresso-e-32-o-stf-08072019). Acesso em 01/05/2024.

da ameaça aos membros do Supremo Tribunal Federal e a seus familiares, atentam contra os Poderes instituídos, contra o Estado de Direito e contra a Democracia”<sup>275</sup>.

Essa digressão é importante para definirmos que o Inquérito n. 4.781 é uma adaptação específica do STF, buscando sua proteção e a dos sistemas funcionais que trabalham no *médium* da comunicação de poder, e não está adstrito às suas funções como tribunal presente na periferia do sistema, e sim como sistema de organização que busca a sua própria sobrevivência e a dos sistemas funcionais interpenetrados nele. Todavia, diante da falta de cuidado (*Sorge*) nas análises ecológicas que foram realizadas pelo STF e por uma disfunção do sistema da Ciência, quando ocorre essa comunicação ao sistema do Direito, as suas operações funcionais serão realizadas forma arriscada, quase que no limite da desdiferenciação do código conforme/não conforme do Direito, utilizando uma codificação secundária<sup>276</sup> poder/não poder da Política. Considerando que o código da decisão não está atrelado ao sistema, mas ao que efetivamente ocorre<sup>277</sup>, não será incorreto dizer que, às vezes, por força da necessidade, pode ter ocorrido também a corrupção do código da Política no âmbito desse inquérito. Porém, no que toca às decisões da função de tribunal da periferia, o STF continua operando através da inércia de sua jurisdição, nada sendo alterado nesse aspecto, por ser uma operação diferente da prevista para o inquérito.

Todas as digressões realizadas até então se limitaram a descrever o STF e suas diferenças frente a outros tribunais do centro da sociedade global, não tendo ainda sido feita qualquer explanação sobre as decisões jurídicas em si tomadas por ele, o que será abordado no capítulo seguinte.

## **5. A “ESPECULAÇÃO” DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE O CONCEITO DE “LIBERDADE” NO AMBIENTE ECONÔMICO E A POLÍTICA PÚBLICA DO SIMPLES NACIONAL**

Como visto ao longo deste texto, o STF é uma organização que se localiza em duas zonas reflexivas do sistema do Direito: estará tanto no centro como na periferia, o que altera as decisões tomadas. No centro, o STF atua com um maior autoisolamento cognitivo, o que afasta

---

<sup>275</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 572/DF, Rel. Min. Edson Fachin, j. 18/06/2020.

<sup>276</sup> SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Direito ambiental e sustentabilidade**. Curitiba: Juruá, 2011. p. 108.

<sup>277</sup> SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Curso de hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico**. Curitiba: Juruá Editora, 2014. p. 712-713.

pretensões de especulação. Todavia, quando toma uma decisão estando na periferia, a organização precisará especular sobre o ambiente social em sua observação.

Simioni tratará da especulação como “reconstrução interna” e a definirá como a realidade autoconstruída do ambiente social dentro do sistema e através de seu código binário<sup>278</sup>. Em outras palavras, o sistema buscará construir internamente o que ele entende que seria a autodescrição do outro sistema que está no ambiente social, algo que ele nunca conseguirá acessar totalmente, pela limitação de sua observação. Carneiro irá usar o termo “especulação” (e assim ele será empregado neste trabalho) como uma das fases do método funcional-comparativo para a AEcoD. Assim, o autor dirá que, a fim de fazermos uma correta observação ecológica, devemos deixar o próprio sistema dizer o que especulará, e, partindo disso, formarmos uma análise causal de maneira funcional<sup>279</sup>. Da mesma forma que um sistema funcional, o sistema de organização também especulará. Eles se diferenciarão, pois o organizacional será uma parte do todo da especulação do funcional, ou seja, feita a decisão a partir da especulação, ainda deverá haver a comunicação para o sistema que a operacionalizará.

### **5.1 Das especulações realizadas pelo Supremo Tribunal Federal nos casos judiciais**

Partindo dessa premissa, o STF é chamado para especular sobre o ambiente do sistema da Economia para decidir sobre o conceito jurídico de “liberdade”, mais especificamente a livre concorrência e a livre iniciativa sob uma ótica de tributação da atividade econômica. Isso decorre da opção da Constituição Federal em disciplinar diversos princípios, diretrizes e regras de forma a autorizar o Estado a intervir e atuar na economia de forma negativa (proibindo condutas) ou positiva (estimulando condutas). Entre esses dispositivos constitucionais, teremos aquele que determina que o Estado deverá dispor tratamento favorecido às pequenas e médias empresas brasileiras, notadamente o inciso IX do art. 170 e o *caput* do art. 179, devendo ser regulamentado por lei complementar, conforme disposição da alínea “d” do inciso III do art. 146 – o que seria uma cláusula normativa de transformação do mundo do ser buscando erradicar a pobreza, promover a justiça social e diminuir as desigualdades regionais<sup>280</sup>.

---

<sup>278</sup> SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Direito ambiental e sustentabilidade**. Curitiba: Juruá, 2011. p. 93.

<sup>279</sup> CARNEIRO, Walber Araujo. **Por uma ecologia do sentido**: entre fenomenologia e teoria dos sistemas sociais. (no prelo). p. 43.

<sup>280</sup> GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**: interpretação e crítica. 19ª ed. rev. e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2018. p. 251.

O cumprimento desse dever constitucional materializou a criação, através da Lei n. 9.317/1996, e posteriormente a ampliação, através da Lei Complementar n. 123/2006, do SIMPLES Nacional ou então, em sua nomenclatura completa, do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuição de Microempresas e Empresas de Pequeno Porte. Quando criado, o SIMPLES Nacional gerou enorme simplificação e diminuição da carga tributária de diversos tributos nacionais. O contribuinte da modalidade micro e pequenas empresas, que antes precisava atender a diversos livros e documentos contábeis obrigatórios e estava submetido a um tratamento contábil idêntico ao das multinacionais, agora realizava uma análise simples de faturamento bruto, com o mínimo de declarações, e pagava quase todos os tributos através de uma única guia de recolhimento. As vantagens competitivas necessárias para as micro e pequenas empresas foram incalculáveis. Qualquer pequeno empreendimento agora poderia estar regularizado com a Receita Federal com o mínimo de organização.

Apesar de o regime ter sido instituído de forma a favorecer as empresas menores e mais vulneráveis economicamente do país, o art. 24 da Lei Complementar n. 123/2006 proibia que essas empresas beneficiadas se utilizassem de qualquer outro “incentivo fiscal”, salvo aqueles autorizados por aquela lei. Isso fez com que as empresas beneficiadas pelo SIMPLES Nacional não fossem contribuintes que optavam por um regime fiscal ordinário, mas sim contribuintes que *optavam* por um regime especial e gozavam de uma espécie de *benefício fiscal*, com a condição de não usufruir de nenhum outro incentivo, inclusive qualquer alteração incentivadora de base de cálculo de tributos (§ 1º do art. 24 da Lei Complementar n. 123/2006).

Essa imposição gerou debates judiciais que, por sua vez, diante do dever constitucional do tratamento diferenciado, chegaram ao STF para harmonização em seu entendimento. O que deveria ser um regime fiscal passou lentamente a assumir a condição característica de benefício por, supostamente, ser um regime fiscal facultativo/especial.

Por ser um debate de índole tributária, quando especula, o STF adota programas tributários em um específico tipo de isonomia na forma da “progressividade”, que consiste na semântica de igualdade tributária e que, portanto, gerará tratamentos desiguais a certos jurisdicionados. Ela é eleita pela Constituição Federal como um princípio funcional de isonomia complexa do



Direito da sociedade mundial, gerando, assim, um primeiro estágio reflexivo<sup>281</sup>, bem como é um princípio pragmático-problemático que abre o sistema às mais diversas expectativas normativas, possibilitando a integridade do sistema e melhorando a tentativa prestação de sustentabilidade ao ambiente<sup>282</sup>. Assim, dentro do método funcional-comparativo, o STF, como sistema observante, em sua comunicação busca a progressividade, que é a forma adotada da igualdade pelo princípio funcional da isonomia complexa. Caso ao final do método não encontremos a *progressividade* e, ao contrário, seja vislumbrado o efeito deletério da *regressividade*, então estaremos diante de um risco ecológico.

O primeiro debate selecionado para tanto foi o julgamento do Tema de Repercussão Geral n. 363, que se referiu à constitucionalidade ou não do inciso V do art. 17 da Lei Complementar n. 123/2006, que proíbe o ingresso de contribuintes no referido regime caso estejam com débitos com a Fazenda, uma condição típica de benefício fiscal. Nesse julgamento, temos a posição do relator ministro Dias Toffoli, em que se afasta a concepção de benefício fiscal para o regime do SIMPLES, porém ele é compreendido como um regime especial de caráter opcional, como lemos:

(...) A doutrina define o Simples Nacional como *um regime especial de tributação de caráter opcional* por parte dos contribuintes, mas de observância obrigatória por todos os entes federados, visto que abrange tributos das três esferas da Federação. Embora o Simples Nacional seja um modelo tributário opcional e favorecido, *guardo reservas quanto ao entendimento manifesto em parte da doutrina e da jurisprudência de que o regime é um mero benefício fiscal*. Em verdade, como sobressai da lei complementar, trata-se de um microssistema tributário próprio, aplicável a apenas alguns contribuintes (microempresas e empresas de pequeno porte), inserindo-se no *contexto maior das políticas públicas* concretizadoras dos princípios e dos objetivos da ordem econômica. (...) (itálico nosso)<sup>283</sup>

Todavia, ante a proibição da ofensa à isonomia e à capacidade contributiva, e de forma a estimular a concorrência leal, o STF entendeu que não haveria inconstitucionalidade na proibição do ingresso de contribuintes no referido regime caso estejam com débitos perante a

---

<sup>281</sup> PORTELLA, André. CARNEIRO, Walber Araújo. SOUZA, Bruno Calil N. de. A sistemática da alíquota única aplicada ao imposto sobre a renda e suas implicações sobre o princípio da capacidade econômica. **Diké**, v. 22, n. 22, p. 348-382, Edição Especial, 2023. p. 369-370

<sup>282</sup> PORTELLA, André. CARNEIRO, Walber Araújo. SOUZA, Bruno Calil N. de. A sistemática da alíquota única aplicada ao imposto sobre a renda e suas implicações sobre o princípio da capacidade econômica. **Diké**, v. 22, n. 22, p. 348-382, Edição Especial, 2023. p. 374.

<sup>283</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Recurso Extraordinário n. 627.543/RS, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 30/10/2013.

Fazenda. Assim, manteve-se, para esse regime fiscal opcional, a obrigatoriedade da regularidade fiscal (como se benefício fiscal opcional fosse).

O segundo problema trazido ao STF é a desigualdade de alíquotas, o que foi tratada no Ag. Reg. de RE n. 1.009.816/SC. Um contribuinte de Imposto sobre Serviços ou ISS (prestador de serviço) questionou as alíquotas praticadas no regime do SIMPLES em relação aos demais regimes ao alegar que, no regime simplificado da alíquota única, haveria uma cobrança, pelo Fisco, na monta de até 33% (trinta e três por cento) do faturamento bruto das pequenas empresas, o que é muito superior às praticadas para grandes empresas do lucro presumido ou real, que é de 11,33% (onze vírgula trinta e três por cento)<sup>284</sup> e cerca de 10% (dez por cento)<sup>285</sup>, respectivamente.

O argumento trazido foi rechaçado pelo ministro Roberto Barroso, que entendeu que a “a opção pelo SIMPLES Nacional é *facultativa*, devendo o contribuinte sopesar a conveniência da sua adesão a esse regime tributário, decidindo qual alternativa lhe é mais favorável.” (itálico nosso)<sup>286</sup>. Assim, para o STF, por ser um regime opcional, uma vez que o contribuinte pode livremente optar por tantos outros regimes, não há como questionar o tratamento adotado, inclusive quando esse tratamento é prejudicial em determinado aspecto – a elevada alíquota de ISS –, mantendo-se, para esse regime fiscal opcional, as elevadas alíquotas em detrimento das instituídas para as empresas de lucro presumido ou real.

Em mesmo sentido, o Tema n. 1.050<sup>287</sup> tratou da limitação ao benefício fiscal de alíquota zero de Programa de Integração Social e Contribuição para Financiamento da Seguridade Social (PIS/COFINS) sobre a venda de medicamentos da Lei n. 10.147/2000, pois entendeu que o regime do SIMPLES é um regime *especial* que não pode se beneficiar de nenhuma outra vantagem:

---

<sup>284</sup> O cálculo se baseia na alíquota de 15% de IRPJ e 9% de CSLL sobre a base de cálculo de 32% sobre o faturamento bruto, bem como PIS de 0,65% e COFINS de 3% sobre o faturamento bruto. O ISS foi desconsiderado por ser variável por município.

<sup>285</sup> É dificultoso precisar a tributação de uma empresa no lucro real por ter uma parcela não cumulativa de PIS/COFINS, o ISS ser variável por município e o IRPJ e CSLL variáveis por produto, atividade e ramo de negócio.

<sup>286</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 1.009.816/SC, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, j. 26/05/2017.

<sup>287</sup> Tal julgamento apenas surtiu efeitos até 2008, quando houve uma alteração legislativa que permitiu os contribuintes do SIMPLES destacarem os produtos de regimes monofásicos ou de substituição tributária para excluir tais vendas do seu faturamento bruto.

O critério tem relação com circunstância diferenciadora: proíbe-se o gozo do benefício a quem está sujeito a disciplina tributária especial. A discriminação está em consonância com a ordem constitucional, porquanto preservada a unicidade e a simplificação preconizada no tratamento às micro e pequenas empresas<sup>288</sup>

A exclusão do regime do SIMPLES de todos os benefícios e incentivos fiscais concedidos a outras empresas foi movimento de tamanha intensidade, que até mesmo *imunidades constitucionais* estavam passíveis de afastamento. Assim, o STF tratou do Tema n. 207 e ainda em Agravo Regimental em RE n. 1393804, em que afirmou que, apesar da *facultatividade* do regime e da criação de seu microssistema, ele não pode autorizar o legislador a fazer incidir tributos das receitas de exportações dos quais a Constituição Federal expressamente afirma a imunidade para tanto.

De igual forma, no Tema n. 517, o STF concorda com a impossibilidade de crédito de Diferencial de Alíquota do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS-Difal) quando a aquisição é realizada por contribuinte optante do regime do SIMPLES, criando uma exceção à regra da não cumulatividade do ICMS e mais uma vez afirmando que “a opção pelo Simples Nacional é facultativa e tomada no âmbito da livre conformação do planejamento tributário, devendo-se arcar com o bônus e o ônus dessa escolha empresarial”<sup>289</sup>. Percebe-se que o STF se encontra em compasso com a posição governamental ao colocar o SIMPLES como uma *renúncia fiscal* que gera grandes prejuízos fiscais ano a ano:

(...) O modelo adotado pelo Brasil contempla, além dos procedimentos simplificados de apuração do imposto e das obrigações acessórias, o que é meritório, uma renúncia fiscal em montante acima do valor efetivamente arrecadado. Ou seja, o montante de tributos recolhidos corresponde a menos de 50% do que seria arrecadado, caso o contribuinte estivesse sendo tributado pela sistemática normal. (...) <sup>290</sup>

Em síntese, o fato de o tribunal entender que o contribuinte-empresa tem um governo de si próprio para planejamento e tomada de decisão em sua liberdade individual é a lógica do

---

<sup>288</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário n. 1.199.021/SC, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 08/09/2020.

<sup>289</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário n. 970.821/RS. Rel. Min. Edson Fachin, j. 12/05/2021.

<sup>290</sup> MINISTÉRIO DA FAZENDA. **Arrecadação do Simples Nacional em 2015**: Inclusão de novos setores, efeitos no Lucro Presumido/Lucro Real e Impactos do PLP 25/2007. Disponível: <https://www.gov.br/receitafederal/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos/outros-estudos/estudo-sobre-simples-nacional-em-2015/view>. Acesso em 05/06/2023. p. 02.

empreendedorismo (*entrepreneurship*). Todo homem é um empreendedor em potencial, e o mercado é um processo de “aprendizagem contínua e adaptação permanente”, em que se deve reduzir a ignorância cada vez mais, pois unicamente a ignorância mútua dos participantes pode gerar um desequilíbrio econômico<sup>291</sup>. Dessa forma, busca-se afastar ao máximo a intervenção estatal, tendo em vista que a informação está lançada no mundo e o homem é um ser criativo e inovador, e a intervenção diretiva estatal apenas atrapalharia, assemelhando-se à coerção<sup>292</sup> e à desmoralização do indivíduo e de sua moral<sup>293</sup>. O STF, ao adotar implicitamente tal teoria, é influenciado por uma visão de vertente *neoliberal*, sendo esse o paradigma de sua especulação. Expliquemos.

## 5.2 Da distinção igualdade/desigualdade no paradigma do neoliberalismo

Nas décadas de 1970 e 1980, de maneira simplista, a concepção de neoliberalismo seria uma ideologia ou política econômica que defende o afastamento do Estado frente à concorrência do mercado moderno<sup>294</sup>. Isso se baseia em como outras teorias econômicas foram tratadas antes, em especial o liberalismo. Diferentemente de outras teorias, o neoliberalismo não é uma ideologia ou uma política econômica. Se fosse assim, as consequências catastróficas de sua implementação, amplamente catalogadas e analisadas, fariam com que os atores econômicos globais afastassem qualquer pretensão nova nesse sentido, o que não ocorre<sup>295</sup>. A única explicação para isso é a de que o neoliberalismo tomou uma nova forma: ele não é mais uma teoria pura e simples, e sim uma vertente que busca moldar a “forma de nossa existência”<sup>296</sup>, que tenta influenciar o modo como nos comportamos e como agimos, e tornou-se a base fundante de diversas relações sociais. Por isso, o neoliberalismo passou a ser uma racionalidade que domina os governantes (e demais instituições públicas, tal como o Judiciário) e os governados, sendo a razão fundante do capitalismo contemporâneo, que crê profundamente na

---

<sup>291</sup> DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. **A nova razão do mundo**: ensaio sobre a sociedade neoliberal. Tradução de Mariana Echalar. São Paulo: Editora Boitempo, 2016. p. 146-147.

<sup>292</sup> DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. **A nova razão do mundo**: ensaio sobre a sociedade neoliberal. Tradução de Mariana Echalar. São Paulo: Editora Boitempo, 2016. p. 151.

<sup>293</sup> DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. **A nova razão do mundo**: ensaio sobre a sociedade neoliberal. Tradução de Mariana Echalar. São Paulo: Editora Boitempo, 2016. p. 205-207.

<sup>294</sup> DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. **A nova razão do mundo**: ensaio sobre a sociedade neoliberal. Tradução de Mariana Echalar. São Paulo: Editora Boitempo, 2016. p. 14.

<sup>295</sup> DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. **A nova razão do mundo**: ensaio sobre a sociedade neoliberal. Tradução de Mariana Echalar. São Paulo: Editora Boitempo, 2016. p. 14-16.

<sup>296</sup> DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. **A nova razão do mundo**: ensaio sobre a sociedade neoliberal. Tradução de Mariana Echalar. São Paulo: Editora Boitempo, 2016. p. 16.

concorrência desimpedida<sup>297</sup>. Assim, diferentemente de uma visão simplista de um neoliberalismo que defende um “mercado sem Estado”, temos aqui na verdade um Estado que, tempos atrás e pressionado por uma ótica rentista<sup>298</sup>, tomou decisões de política econômica que influenciaram ativamente a construção do mercado moderno como o conhecemos e, por conta disso, continua atuando, ainda ativamente, para que esse mercado permaneça como está<sup>299</sup>. Com base nisso, dentro de uma perspectiva marxista, os meios de produção neoliberais atuarão para gerar uma ordem jurídica que auxilie o seu autodesenvolvimento, e o Direito será construído não para impedir ou obstruir o econômico<sup>300</sup>. Em síntese, o neoliberalismo atua ativamente para devolver o mercado ao seu “lugar de direito” através de “intervenções extensivas e invasivas em todas as dimensões da vida social”<sup>301</sup>.

Não ignoramos que possam existir regras jurídico-políticas que busquem “segurar” os ímpetus neoliberais, porém tais regras, na verdade, apenas são uma mudança de uma forma de capitalismo para outra com uma concorrência “menos natural”<sup>302</sup>. Sob a ótica do indivíduo, teremos uma grande pressão por competição e produção; o homem buscará o lucro máximo enquanto, paralelamente, nunca teve, na teoria e no papel, tantos direitos. Nessa pressão de homem como “fim” (sujeito de direitos) e homem como “instrumento” (que busca o lucro ao máximo), é vista uma pressão por resultados que cria a figura dos *sujeitos produtivos* e os adoece<sup>303</sup>.

Dentro desse contexto, a contínua atuação do Estado para manutenção do *status quo* do mercado moderno, além da racionalidade neoliberal que funda todas as bases das relações sociais de hoje de governantes e governados, o Direito “cooptado” pelos meios de produção e a construção do *sujeito produtivo* fazem com que seja imperioso concluir que estamos diante de uma vertente

---

<sup>297</sup> DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. **A nova razão do mundo**: ensaio sobre a sociedade neoliberal. Tradução de Mariana Echalar. São Paulo: Editora Boitempo, 2016. p. 17.

<sup>298</sup> DOWBOR, Ladislau. **A era do capital improdutivo**: porque oito famílias têm mais riqueza do que a metade da população do mundo? São Paulo: Autonomia Literária, 2017. p. 116-127.

<sup>299</sup> DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. **A nova razão do mundo**: ensaio sobre a sociedade neoliberal. Tradução de Mariana Echalar. São Paulo: Editora Boitempo, 2016. p. 19.

<sup>300</sup> DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. **A nova razão do mundo**: ensaio sobre a sociedade neoliberal. Tradução de Mariana Echalar. São Paulo: Editora Boitempo, 2016. p. 24-26.

<sup>301</sup> TRIGUEIRO, Michelangelo G. S. **A legitimação no estágio atual do capitalismo**. São Paulo: Editora Contracorrente, 2022. p. 139-140.

<sup>302</sup> DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. **A nova razão do mundo**: ensaio sobre a sociedade neoliberal. Tradução de Mariana Echalar. São Paulo: Editora Boitempo, 2016. p. 26.

<sup>303</sup> DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. **A nova razão do mundo**: ensaio sobre a sociedade neoliberal. Tradução de Mariana Echalar. São Paulo: Editora Boitempo, 2016. p. 321-326.

defensora de uma *sociedade neoliberal*, e não apenas uma política ou economia neoliberal<sup>304</sup>, como os economistas assim pensam.

Essa visão do neoliberalismo como uma racionalidade acaba coincidindo com as conclusões de Luhmann de que qualquer tipo de “regulação” – o neoliberalismo é uma regulação de um *tipo* de Estado e um *tipo* de mercado moderno – é algo que surge da *autopoiesis* do próprio sistema da Economia, é uma racionalidade que não pode ser segmentada apenas no vetor Política-Economia ou de dentro da Política. O mais correto seria o colocarmos como um *input* do sistema, independentemente de pretensões de busca de sua origem, desde que parta de uma operação de autorregulação do sistema<sup>305</sup>. Assim, sendo uma racionalidade da sociedade como um todo, um *input* neoliberal pode surgir de qualquer horizonte de informação da sociedade. Dessa forma, a regulação sempre será um esquema de redução de diferenças em uma distinção funcional<sup>306</sup> que se legitima pela diferença igualdade/desigualdade<sup>307</sup>. É através da busca por igualdade que o impulso regulatório existe na sociedade moderna. Assim, produz diferenças que geram igualdades e desigualdades em sua racionalidade, o que facilita as observações dentro dessa distinção<sup>308</sup>.

Essa visão neoliberal sobre a sociedade e, conseqüentemente, sua distinção própria de igualdade/desigualdade gerarão efeitos deletérios no âmbito social. O mais importante deles é que essa distinção da vertente da sociedade neoliberal, ou melhor, a governabilidade neoliberal é contrária a uma concepção de democracia<sup>309</sup>. O Estado se torna um grande “empresário”. Pensando-se agora em critérios de boa governança, as ações públicas têm como objetivo a rentabilidade e produtividade, há uma depreciação da valorização do sentido da lei, um fortalecimento do Poder Executivo, um aumento de importância do direito privado frente ao

---

<sup>304</sup> DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. **A nova razão do mundo**: ensaio sobre a sociedade neoliberal. Tradução de Mariana Echalar. São Paulo: Editora Boitempo, 2016. p. 26.

<sup>305</sup> LUHMANN, Niklas. **La economía de la sociedad**. Tradução e introdução de Aldo Mascareno. Prefácio da edição espanhola de Dirk Baecker. Cidade do México: Editorial Herder, 2017. p. 445-448.

<sup>306</sup> LUHMANN, Niklas. **La economía de la sociedad**. Tradução e introdução de Aldo Mascareno. Prefácio da edição espanhola de Dirk Baecker. Cidade do México: Editorial Herder, 2017. p. 452.

<sup>307</sup> LUHMANN, Niklas. **La economía de la sociedad**. Tradução e introdução de Aldo Mascareno. Prefácio da edição espanhola de Dirk Baecker. Cidade do México: Editorial Herder, 2017. p. 455.

<sup>308</sup> LUHMANN, Niklas. **La economía de la sociedad**. Tradução e introdução de Aldo Mascareno. Prefácio da edição espanhola de Dirk Baecker. Cidade do México: Editorial Herder, 2017. p. 455-456.

<sup>309</sup> BELLUZZO, Luiz Gonzaga. **O tempo de Keynes nos tempos do capitalismo**. 2ª ed. São Paulo: Editora Contracorrente, 2021. p. 111; DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. **A nova razão do mundo**: ensaio sobre a sociedade neoliberal. Tradução de Mariana Echalar. São Paulo: Editora Boitempo, 2016. p. 384.

direito público e isenção de controle judicial a certos atos públicos<sup>310</sup>. Toda essa lógica da sociedade privada da “competência” ou da empresa, de fiscalização, de verificação de resultados, não tem equivalência na sociedade moderna funcionalmente diferenciada<sup>311</sup>. De toda maneira, nesse contexto, os direitos sociais do povo são relativizados em prol de números e do lucro. Em contrapartida aos trabalhadores com empregos “saudáveis” e “estáveis” existentes em décadas anteriores, agora temos a figura do “precariado”, a massa de trabalhadores que passou por uma grande perda de direitos civis, sociais e econômicos e hoje mantém subempregos com rendas diminutas para uma qualidade de vida, o que gera uma profunda insegurança<sup>312</sup>. Todos esses efeitos caminham para uma desvalorização da democracia, criando um ambiente “ademocrático”. Não é por outra razão que Hayek, precursor do liberalismo, nunca contrapôs o totalitarismo com a democracia; sua contraposição sempre foi com o próprio liberalismo – a democracia nunca esteve na equação<sup>313</sup>. O neoliberalismo presente na atualidade é antidemocrático<sup>314</sup>. Torna-se comum, portanto, que tenhamos críticas, originadas desses defensores do neoliberalismo, de que houve um “excesso de democracia” nos anos 1960 que gerou situações “ingovernáveis”<sup>315</sup> ou ainda de que os pobres, quando auxiliados economicamente, escolhem manter-se pobres<sup>316</sup>.

Assim, a distinção da igualdade/desigualdade do neoliberalismo não transforma os pobres em vítimas, mas sim em observadores que empregam suas próprias distinções dentro da sociedade e criam programas de redução de diferenças<sup>317</sup> na figura do espírito empreendedor, como já vimos<sup>318</sup>. Isso tem gerado crises importantes na governabilidade neoliberal, o que tem feito com

---

<sup>310</sup> DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. **A nova razão do mundo**: ensaio sobre a sociedade neoliberal. Tradução de Mariana Echalar. São Paulo: Editora Boitempo, 2016. p. 379-380.

<sup>311</sup> LUHMANN, Niklas. **La economía de la sociedad**. Tradução e introdução de Aldo Mascareno. Prefácio da edição espanhola de Dirk Baecker. Cidade do México: Editorial Herder, 2017. p. 450.

<sup>312</sup> BELLUZZO, Luiz Gonzaga. **O tempo de Keynes nos tempos do capitalismo**. 2ª ed. São Paulo: Editora Contracorrente, 2021. p. 116-117.

<sup>313</sup> DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. **A nova razão do mundo**: ensaio sobre a sociedade neoliberal. Tradução de Mariana Echalar. São Paulo: Editora Boitempo, 2016. p. 383.

<sup>314</sup> BELLUZZO, Luiz Gonzaga. **O tempo de Keynes nos tempos do capitalismo**. 2ª ed. São Paulo: Editora Contracorrente, 2021. p. 111; DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. **A nova razão do mundo**: ensaio sobre a sociedade neoliberal. Tradução de Mariana Echalar. São Paulo: Editora Boitempo, 2016. p. 384.

<sup>315</sup> DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. **A nova razão do mundo**: ensaio sobre a sociedade neoliberal. Tradução de Mariana Echalar. São Paulo: Editora Boitempo, 2016. p. 191-192.

<sup>316</sup> DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. **A nova razão do mundo**: ensaio sobre a sociedade neoliberal. Tradução de Mariana Echalar. São Paulo: Editora Boitempo, 2016. p. 207.

<sup>317</sup> LUHMANN, Niklas. **La economía de la sociedad**. Tradução e introdução de Aldo Mascareno. Prefácio da edição espanhola de Dirk Baecker. Cidade do México: Editorial Herder, 2017. p. 463.

<sup>318</sup> DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. **A nova razão do mundo**: ensaio sobre a sociedade neoliberal. Tradução de Mariana Echalar. São Paulo: Editora Boitempo, 2016. p. 146-147.

que se defenda que o neoliberalismo deva ser alterado para uma nova fase a qual, talvez, corresponda a outros auspícios que não a antidemocracia<sup>319</sup>.

Diferentemente do pensado pelo neoliberalismo, a economia da sociedade não está em equilíbrio<sup>320</sup>, e não pode ser vista uma igualdade econômica e de oportunidades para todos os agentes. O maior precursor desse pensamento foi John Keynes. Para ele, a economia da sociedade tem diversos agentes, e não uma massa única e igualitária, como pensa o neoliberalismo. Teremos os agentes de crédito (bancos), os geradores de riqueza (empresas e empresários), os acumuladores de riqueza (rentistas), os consumidores, entre outros. Cada um deles terá pretensões totalmente diversas, sendo a divisão mais significativa a seguinte: de um lado, temos os que detêm a propriedade e o comando do dinheiro e que buscam gerar mais dinheiro, usando, assim, o dinheiro para comprar e vender mercadorias para gerar mais dinheiro ( $D - M - D'$ ); do outro lado, há o trabalhador/consumidor que vende sua força de trabalho para ganhar dinheiro e comprar bens ( $M - D - M'$ )<sup>321</sup>. A economia apenas se moverá através da geração de dívidas, pois é através dela que os geradores de riqueza gastam e movem as engrenagens do mercado (*expenditure creates income*)<sup>322</sup>.

Há um ganho de complexidade na análise que a racionalidade neoliberal rejeita. A economia monetária faz com que o dinheiro assuma uma condição de poder social que regula todas as transações privadas<sup>323</sup>. O poder então estará nas mãos daquele que detém uma liquidez imediata (*cash*) ou, em outros termos, aquele que melhor pode operar ao código de pagamento (como veremos adiante, com o conceito da Economia da Sociedade, de Luhmann). Essa liquidez apenas pode ser obtida pela figura do empréstimo<sup>324</sup>. Por conta disso, Keynes afirmará que o único agente “livre” da economia monetária são os agentes de crédito – por consequência, o Banco Central é o agente mais influente da economia –, pois são eles que possuem a “chave”

---

<sup>319</sup> DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. **A nova razão do mundo**: ensaio sobre a sociedade neoliberal. Tradução de Mariana Echalar. São Paulo: Editora Boitempo, 2016. p. 386.

<sup>320</sup> BELLUZZO, Luiz Gonzaga. **O tempo de Keynes nos tempos do capitalismo**. 2ª ed. São Paulo: Editora Contracorrente, 2021. p. 84-85.

<sup>321</sup> BELLUZZO, Luiz Gonzaga. **O tempo de Keynes nos tempos do capitalismo**. 2ª ed. São Paulo: Editora Contracorrente, 2021. p. 55-56.

<sup>322</sup> BELLUZZO, Luiz Gonzaga. **O tempo de Keynes nos tempos do capitalismo**. 2ª ed. São Paulo: Editora Contracorrente, 2021. p. 91.

<sup>323</sup> BELLUZZO, Luiz Gonzaga. **O tempo de Keynes nos tempos do capitalismo**. 2ª ed. São Paulo: Editora Contracorrente, 2021. p. 70.

<sup>324</sup> BELLUZZO, Luiz Gonzaga. **O tempo de Keynes nos tempos do capitalismo**. 2ª ed. São Paulo: Editora Contracorrente, 2021. p. 62.



que faz a economia girar e são a pedra angular da gestão do gasto da riqueza capitalista<sup>325</sup>. Como a riqueza apenas é gerada através do gasto dos detentores dos meios de produção, a dívida do empréstimo de hoje pagará a dívida do empréstimo de amanhã e assim sucessivamente. Os empresários e os consumidores estão sempre em um déficit financiado por esse sistema de crédito<sup>326</sup>. Não há liberdade nem mesmo para os empresários, porque estão presos nesse ciclo de gastos sem fim com os agentes que liberam seus créditos. Quando ocorre um prejuízo ou os lucros diminuem consideravelmente, o empresário precisa compensar sua busca por liquidez na produção de iliquidez em algum outro local (os consumidores ou os trabalhadores)<sup>327</sup>. Uma situação ou concluso diversa apenas aconteceria se os empresários vislumbrassem um cenário futuro inexistente de situações perturbadoras, o que é muito remoto no mundo contemporâneo<sup>328</sup>, em que as decisões são tomadas fora dos cálculos de probabilidade<sup>329</sup>, cabendo, por vezes, ao próprio Estado tomar tais decisões arriscadas<sup>330</sup>.

Além disso, se verificarmos os dados empíricos de diversos séculos da história da economia moderna, veremos que o impacto financeiro que a massa de heranças detém tem crescido cada vez mais, aproximando-se aos percentuais de 16% (França), 10% (Alemanha) e 8% (Reino Unido), níveis vistos antes apenas na Belle Époque<sup>331</sup>, bem como a monta de tais heranças tem crescido, fazendo com que a herança de cada geração que é superior a uma vida de trabalho do cidadão médio tenha saltado de 2% para 14% em poucas décadas<sup>332</sup>. Para os nascidos no último terço do século XX, o peso da herança é de quase 24%, o mesmo nível da Belle Époque<sup>333</sup>. A sociedade contemporânea é uma sociedade de rentistas que continuam detendo uma força

---

<sup>325</sup> BELLUZZO, Luiz Gonzaga. **O tempo de Keynes nos tempos do capitalismo**. 2ª ed. São Paulo: Editora Contracorrente, 2021. p. 64-65.

<sup>326</sup> BELLUZZO, Luiz Gonzaga. **O tempo de Keynes nos tempos do capitalismo**. 2ª ed. São Paulo: Editora Contracorrente, 2021. p. 68.

<sup>327</sup> BELLUZZO, Luiz Gonzaga. **O tempo de Keynes nos tempos do capitalismo**. 2ª ed. São Paulo: Editora Contracorrente, 2021. p. 75.

<sup>328</sup> BELLUZZO, Luiz Gonzaga. **O tempo de Keynes nos tempos do capitalismo**. 2ª ed. São Paulo: Editora Contracorrente, 2021. p. 76.

<sup>329</sup> BELLUZZO, Luiz Gonzaga. **O tempo de Keynes nos tempos do capitalismo**. 2ª ed. São Paulo: Editora Contracorrente, 2021. p. 82.

<sup>330</sup> MAZZUCATO, Mariana. **O estado empreendedor: desmascarando o mito do setor público vs. setor privado**. Tradução de Elvira Serapicos. São Paulo: Porfólio-Penguin, 2014. p. 133-135

<sup>331</sup> PIKETTY, Thomas. **O capital no século XXI**. Tradução de Mônica Baumgarten de Bolle. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014. p. 414-415.

<sup>332</sup> PIKETTY, Thomas. **O capital no século XXI**. Tradução de Mônica Baumgarten de Bolle. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014. p. 410.

<sup>333</sup> PIKETTY, Thomas. **O capital no século XXI**. Tradução de Mônica Baumgarten de Bolle. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014. p. 396-397.

econômica muito grande nas decisões políticas, que não conduzem a um mundo que abole heranças e que se tornam adeptos à livre concorrência – isso é uma ilusão neoliberal<sup>334</sup>. Não há meritocracia numa economia monetária nesses moldes. Todavia, ser uma ilusão não significa que ela não paire sobre boa parte dos indivíduos. Toda a literatura e a arte contemporânea fizeram desaparecer a figura do rentista, muito presente em livros do século XIX, e qualquer dilema de desigualdade é visto como um embate de qualificações meritocráticas, geralmente de personagens que contrapõem qualidades profissionais médicas, policiais e políticas, e a desigualdade entre trabalhadores e geradores de riqueza perante os rentistas é inexistente – a “fala inaugural” da *poiese* desses veículos de arte será de um futuro neoliberal deturpado e ilusório.

Por conta de tais conclusões, afirmar que a economia monetária contemporânea está em equilíbrio (a chamada Teoria do Equilíbrio Geral) é uma ilusão – nunca haverá o equilíbrio, pois os gastos e endividamentos não podem ser interrompidos. De toda maneira, em sua filosofia social, Keynes faz algumas sugestões que acredita que podem resolver os problemas e, entre elas, sugere que a *progressividade* da tributação deve ser respeitada para que haja uma redistribuição da renda dos mais abonados frente aos mais necessitados<sup>335</sup>. Dentro da distinção da igualdade/desigualdade de seu pensamento, a forma da isonomia complexa do campo tributário é a progressividade, tal qual o eleito pela Constituição Federal em uma primeira reflexão e tal qual as observações que o STF pretende fazer quando julga os casos tributários que lhe são trazidos.

Nesse contexto, as observações e, posteriormente, comunicações realizadas pelo STF, quando sob a ótica neoliberal, normalizam os efeitos deletérios presentes na sociedade, pois essa racionalidade os ignora e os coloca em segundo plano dentro da perspectiva de resultados e de sua distinção própria de igualdade/desigualdade. Assim, nesse tipo de observação, a fórmula da *progressividade* para o princípio funcional da isonomia complexa é posta de lado, e o STF assume o risco de aumentar os pontos cegos de observação e gerar efeitos contrários à democracia e aos direitos constitucionais, que são a base de fundação da criação da própria organização. Há uma grande força na argumentação neoliberal que tem gerado a racionalidade

---

<sup>334</sup> PIKETTY, Thomas. **O capital no século XXI**. Tradução de Mônica Baumgarten de Bolle. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014. p. 413

<sup>335</sup> BELLUZZO, Luiz Gonzaga. **O tempo de Keynes nos tempos do capitalismo**. 2ª ed. São Paulo: Editora Contracorrente, 2021. p. 99-100.

que tudo domina, como já visto, porém isso não significa que a sociedade consiga suportar os efeitos de levá-lo às últimas consequências ou que a Economia não possa ter uma lógica de igualdade/desigualdade diferente dentro de suas operações. Tais campos de argumentação são muito diferentes uns dos outros, e a teoria neoliberal é bem diversa de sua prática na sociedade moderna<sup>336</sup>.

Toda essa concepção explica o motivo de o STF observar o contribuinte do SIMPLES sob a ótica de uma ampla liberdade, com estudo e planejamento, na escolha de adotar ou não o referido regime. De mesmo modo, justifica a tomada de decisão da Corte ao impedir que haja “excessivas vantagens” às empresas do regime simplificado, que já são beneficiadas em demasia com o tratamento diferenciado e que, numa clara analogia, caso continuem acumulando vantagens, *continuarão optando pela simplificação, tal como os pobres na ótica neoliberal*.

Essas decisões do STF permitem concluir que ele pode promover uma observação e especulação neoliberal frente ao ambiente econômico sem perceber que o neoliberalismo não estará “protegendo” a Economia nesse caso. O STF pensa que os agentes econômicos são livres e optam por tomar suas decisões, entre elas a adesão ao regime do SIMPLES. Portanto, não haveria inconstitucionalidade nos eventuais prejuízos constantemente apontados pelas pequenas e médias empresas em suas alegações no Poder Judiciário, pois o contribuinte (e apenas ele) deve planejar-se para decidir pelo melhor regime fiscal em cada um dos seus empreendimentos.

### **5.3 Os efeitos deletérios da má especulação e a reentrada do déficit para com a prestação funcional de isonomia complexa**

Essa especulação está em descompasso com a autodescrição do sistema da Economia dentro e fora do contexto brasileiro e, por consequência, gera efeitos latentes e reflexos sobre as camadas mais vulneráveis da sociedade, o que veremos a seguir.

---

<sup>336</sup> PORTELLA, André. CARNEIRO, Walber Araújo. SOUZA, Bruno Calil N. de. A sistemática da alíquota única aplicada ao imposto sobre a renda e suas implicações sobre o princípio da capacidade econômica. *Diké*, v. 22, n. 22, p. 348-382, Edição Especial, 2023. p. 375.

Uma especulação sobre o conceito de liberdade pelo Direito é complexa. A liberdade pressupõe um conceito de livre-arbítrio que está presente no mundo não jurídico, e apenas ele pode dizer o que seria verdadeiramente livre<sup>337</sup>. Assim, a liberdade é uma expectativa normativa frente ao Direito. Diante da necessidade de atender às diferenças congruência/segurança das expectativas e, ainda, a isonomia/inclusão e a integridade/sustentabilidade, o Direito restringiu a liberdade. Kant adianta tal paradoxo ao afirmar que o aspecto positivo da liberdade é o agir conforme a lei, e ela será a harmonização e viabilização de diversas liberdades (mesmo que restritas), para que sejam restringidas com fito de torná-las conciliáveis dentro de um contexto social<sup>338</sup>. Todavia, dissociar o conceito de liberdade das condições fáticas existentes no mundo fenomênico e do conceito de livre-arbítrio, pondo-o em uma relação de imputação legal dentro de um mundo de causalidades e eventualidades da vida, é um erro que não pode se repetir na contemporaneidade<sup>339</sup>. A liberdade é uma condição para que haja justiça, e ela precisa estar associada às capacidades reais dos agentes<sup>340</sup> – capacidades estas que precisam ser plenas e desvinculadas da ajuda de outras pessoas; do contrário, não teremos uma verdadeira liberdade<sup>341</sup>. A liberdade deve estar associada com uma noção de igualdade entre todos os demais. É necessário que, quando o STF especular sobre o que é liberdade ou se determinado agente é livre, ele observe com cuidado (*Sorge*) o seu ambiente, pois é desse ambiente que veremos se há liberdade de fato com igualdade, o que não foi feito.

Assim, diante de tais conclusões, torna-se necessário o próximo passo da análise comparativa: a autodescrição do ambiente sobre o qual se especula, mais precisamente o econômico. A Economia da sociedade opera através da codificação pagamento/não pagamento, portanto depende do conceito de “preços”, que são elementos que determinam o pagamento dentro da sociedade. Se um produto custa R\$ 10,00 (dez reais), é isso que deve ser pago para que haja pagamento, nem mais, nem menos. A Economia não é sensível aos conceitos de valores sociais, valores reais (no conceito de valorização decorrente do uso) ou preços “justos”, os quais tantas

---

<sup>337</sup> MARTINS, Ricardo Marcondes. **Teoria jurídica da liberdade**. São Paulo: Editora Contracorrente, 2015. p. 36

<sup>338</sup> TREVIZAN, Thaita Campos. DIAS NETA, Vellêda Bivar Soares. A liberdade sob a perspectiva de Kant: um elemento central da ideia de justiça. **Cadernos da EMARF**, Fenomenologia e Direito, Rio de Janeiro, v.3, n.1, p. 1-132, abr./set.2010. p. 113-115

<sup>339</sup> MARTINS, Ricardo Marcondes. **Teoria jurídica da liberdade**. São Paulo: Editora Contracorrente, 2015. p. 20-22

<sup>340</sup> SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. Tradução de Denise Bottmann e Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. p. 97

<sup>341</sup> SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. Tradução de Denise Bottmann e Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. p. 339

teorias tentam impor. Ela se orienta pela escassez presente e futura, e sua função é exatamente esta: apontar a escassez futura de forma a irritar a sociedade para as medidas a serem tomadas no presente. Por conta dessas operações e de sua “linguagem” através de números econômicos, a Economia tem uma dificuldade muito grande em se autodescrever e observar o seu entorno<sup>342</sup> – sua única abertura é às razões e necessidades de pagamento, nada mais. Assim, ela consegue precificar a última gota de petróleo, porém não consegue encontrar soluções para a falta dele. Além disso, internamente, a Economia é um sistema “policontextual”<sup>343</sup>, o que significa que possui um ambiente interno que é o mercado. Esse ambiente trata apenas de um único mercado, porém ele é observado de maneira diferente por cada um dos sistemas (parciais da Economia ou organizações econômicas)<sup>344</sup>. As empresas, por mais que se esforcem, sempre terão uma observação pouco transparente do mercado, sempre se limitando aos seus concorrentes mais próximos, compradores recorrentes e acessibilidade dos preços<sup>345</sup>. Não haverá competência e informação perfeitas, bem como há pouca sensibilidade a *inputs* do ambiente. Suas decisões não serão racionais e refletem o mercado instável decorrente de um ambiente externo igualmente instável<sup>346</sup>.

Dessa maneira, já conseguimos compreender os motivos que levaram os agentes econômicos a demandarem frente ao Poder Judiciário nos casos decididos pelo STF. As pequenas e médias empresas, observando o mercado no qual estariam inseridas, em que há concorrentes diretos praticando preços mais acessíveis por conta de benefícios e peculiaridades tributárias os quais elas não obtêm por conta do SIMPLES, sentiram uma expectativa normativa por inclusão. A argumentação trazida nesses casos tratou de igualdade, porém o STF respondeu através do argumento da *liberdade* – as empresas detêm todas as informações necessárias e são livres para optar pelos regimes tributários que, em seu cálculo, sejam o melhor para competir dentro do livre mercado. Assim, não há violação à isonomia.

---

<sup>342</sup> LUHMANN, Niklas. **La economía de la sociedad**. Tradução e introdução de Aldo Mascareno. Prefácio da edição espanhola de Dirk Baecker. Cidade do México: Editorial Herder, 2017. p. 104.

<sup>343</sup> LUHMANN, Niklas. **La economía de la sociedad**. Tradução e introdução de Aldo Mascareno. Prefácio da edição espanhola de Dirk Baecker. Cidade do México: Editorial Herder, 2017. p. 177.

<sup>344</sup> LUHMANN, Niklas. **La economía de la sociedad**. Tradução e introdução de Aldo Mascareno. Prefácio da edição espanhola de Dirk Baecker. Cidade do México: Editorial Herder, 2017. p. 201.

<sup>345</sup> LUHMANN, Niklas. **La economía de la sociedad**. Tradução e introdução de Aldo Mascareno. Prefácio da edição espanhola de Dirk Baecker. Cidade do México: Editorial Herder, 2017. p. 182-190.

<sup>346</sup> LUHMANN, Niklas. **La economía de la sociedad**. Tradução e introdução de Aldo Mascareno. Prefácio da edição espanhola de Dirk Baecker. Cidade do México: Editorial Herder, 2017. p. 99-101.

O que a especulação do STF não compreende é que esse livre-arbítrio com ampla gama de informações dos agentes econômicos é limitado ao seu próprio campo observacional. Não conseguem compreender o mercado como um todo, apenas seus concorrentes diretos e conhecidos, e suas informações são pouco transparentes. Caso tenham alguma noção de competitividade ou liberdade, ela é puramente falsa e adstrita ao que conseguem observar. Isso é comprovado através das informações do Data-SEBRAE, segundo o qual 76,21% (setenta e seis vírgula vinte e um por cento)<sup>347</sup> das empresas nacionais ativas estão inscritas nesse regime, e, das micro e pequenas empresas, 86% (oitenta e seis por cento) são aderentes ao SIMPLES. Além disso, em eventual extinção do regime, 70% (setenta por cento) das empresas consideram que seriam prejudicadas, seja encerrando suas atividades, reduzindo sua atuação ou tornando-se completamente informais<sup>348</sup> – em certos casos a carga tributária aumentaria na ordem de 5 (cinco) vezes mais<sup>349</sup>. Isso é explicado por conta do alto custo da burocratização dos sistemas brasileiros de conformação tributária, que geram um custo, em relação ao faturamento, cerca de três vezes maior para as pequenas empresas (3,13%) em comparação com as de grande porte (0,83%). Cria-se, portanto, um descompasso entre contribuintes, e desenvolvem-se rotinas ineficientes que deterioram a capacidade econômica das empresas<sup>350</sup>. Uma extinção do regime simplificado ou uma opção pela saída dele geraria um aumento de custos com rotinas de conformação tão grande, que as empresas seriam invariavelmente impactadas; do contrário, a sua criação permitiu a formalização e sobrevivência dessas organizações. Assim, a noção do STF de que deve “o contribuinte sopesar a conveniência da sua adesão a esse regime tributário, decidindo qual alternativa lhe é mais favorável”<sup>351</sup> ignora que a empresa/contribuinte pode não saber de todas as alternativas, não compreender corretamente as informações ou simplesmente *não ter alternativas*, que é o que vemos no caso das informações estatísticas antes mencionadas. Ao julgar dessa maneira, o STF acaba por fazer uma observação na ótica neoliberal que põe a

---

<sup>347</sup> Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas (SEBRAE). **Painel de empresas**. Brasília, DF: SEBRAE, 2020. Disponível: <https://datasebrae.com.br/totaldeempresas-11-05-2020/>. Acesso em 01/06/2023.

<sup>348</sup> Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas (SEBRAE). **Relatório especial: os impactos do Simples Nacional**. Brasília, DF: SEBRAE, 2017. [https://datasebrae.com.br/wp-content/uploads/2017/03/An%C3%A1lise-sobre-o-SIMPLES-2017\\_VFfinal.pdf](https://datasebrae.com.br/wp-content/uploads/2017/03/An%C3%A1lise-sobre-o-SIMPLES-2017_VFfinal.pdf). Acesso em 01/06/2023. p. 32

<sup>349</sup> WANTHIER, Cátia Luana; MORAIS, Roberto Tadeu Ramos; ECKER, Francisco. Os efeitos econômicos e tributários da exclusão do regime tributário simples nacional: estudo de caso. **Revista Eletrônica de Ciências Contábeis**. v. 12, n.1, p. 105-136, 2023, Disponível: <https://seer.faccat.br/index.php/contabeis/article/view/2747>. Acesso em 05/06/2023. p. 131.

<sup>350</sup> ALMEIDA, Cicero Donizeth Fernandes; LUZ, Rodrigo Maia; FERMINO, Marcela Modesto. O fenômeno burocrático e suas influências sob o custo de conformidade brasileiro. **Revista Direito Tributário Atual**, vol. 53, 2023, 120–140. <https://doi.org/10.46801/2595-6280.53.5.2023.2288>. p. 135-137.

<sup>351</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 1.009.816/SC, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, j. 26/05/2017.

forma da isonomia complexa e sua distinção no campo tributário em um paradigma diferente da *progressividade*.

A argumentação neoliberal do STF também não está condizente com o modo como o sistema da sociedade observa a Economia, pois a noção de mão invisível do mercado, um conceito claramente neoliberal, foi substituída pela sociedade para uma noção de crescimento econômico para produção de compensação do que está escasso<sup>352</sup>, algo que a Economia deverá apontar para os demais sistemas sociais. Isso ocorre porque os agentes econômicos não são tão inovadores e criativos, como pensa o STF, em sua concepção de “custo x benefício”. eles não arriscam seu patrimônio em inovações, cabendo ao Estado, através da Política, fazê-lo para desenvolvimento e solução de problemas prático-sociais<sup>353</sup> – o que também é comprovável na realidade brasileira através do caso concreto da “Lei do Bem”. Essa lei concedia desonerações fiscais importantes para os gastos relacionados à inovação dentro das empresas. Em seu último relatório de ano-base 2015, foi constatado que, mesmo após o incentivo de desoneração, o número de pedidos de patentes foi muito inferior ao dos demais países desenvolvidos, bem como, devido à instabilidade macroeconômica da época, houve uma redução nos investimentos globais das empresas, o que corrobora o argumento trazido de conservadorismo a riscos por partes dos agentes econômicos particulares<sup>354</sup>.

Em síntese, o STF especula que a distinção de igualdade/desigualdade, ao ser aplicada para os casos tributários dos contribuintes do SIMPLES Nacional, deve ser uma de vertente neoliberal, pois estaríamos diante de uma situação de maior liberdade do contribuinte, que poderia escolher o caminho que melhor atingisse a progressividade. Como visto, as empresas que adotam o SIMPLES Nacional não têm essa liberdade, pelo contrário, esse é o único regime possível para suas atividades sem que sejam altamente penalizadas ou extintas, como notamos a partir dos dados estatísticos apresentados. Nesse sentido, a distinção de igualdade/desigualdade se assemelha muito mais ao proposto por Keynes: as empresas não são “livres”, estão presas em um ciclo de eternos gastos para que a máquina da Economia possa girar, portanto os únicos

---

<sup>352</sup> LUHMANN, Niklas. **La economía de la sociedad**. Tradução e introdução de Aldo Mascareno. Prefácio da edição espanhola de Dirk Baecker. Cidade do México: Editorial Herder, 2017. p. 181.

<sup>353</sup> MAZZUCATO, Mariana. **O estado empreendedor**: desmascarando o mito do setor público vs. setor privado. Tradução de Elvira Serapicos. São Paulo: Porfólio-Penguin, 2014. p. 133-135.

<sup>354</sup> MINISTÉRIO DA CIÊNCIA, TECNOLOGIA E INOVAÇÕES. Lei do Bem: utilização dos incentivos fiscais à inovação tecnológica – ano-base 2015. Disponível: <https://www.gov.br/mcti/pt-br/acompanhe-o-mcti/lei-do-bem/arquivo/relatorio-p-d/relatorio-anual-lei-11-196-05-ano-base-2015.pdf>. Acesso em 05/06/2023, p. 25-27.

agentes livres são as instituições financeiras que concedem a liquidez necessária para todos os demais. Assim, qualquer prejuízo considerável que seja posto aos contribuintes do SIMPLES Nacional em detrimento de outros contribuintes leva a uma evidente *regressividade* tributária que não era o pretendido quando criado este “tratamento diferenciado” pela Constituição Federal, em especial quando força recolhimentos de tributos que nenhum outro regime fiscal o faz, como veremos adiante.

Além disso, essa especulação do STF, ao compreender incorretamente a liberdade que as organizações econômicas possuem e sua correlação com o regime tributário escolhido, leva a uma maior tributação dos mais vulneráveis. Portanto, estimula a *regressividade* também dos consumidores dessas empresas – especial ponto cego da observação do STF.

Os problemas comunitários (aquecimento global, saúde coletiva, erradicação da pobreza etc.) nunca serão resolvidos por meio do mercado, é algo que se afasta da sua lógica<sup>355</sup>. Assim, para combater a fome, por exemplo, podem ser instituídas políticas públicas próprias para atingir determinados resultados pela Economia, o que é possível desde que se avalie o resultado efetivo e os efeitos inevitáveis<sup>356</sup>. Apesar do “sucesso” da política pública do SIMPLES Nacional – o que se verifica pela adesão das empresas –, como é prática das políticas fiscais implementadas no Brasil, não há um acompanhamento dos estudos de impactos e efeitos de maneira a analisar, com acuidade, se o resultado que se pretendia atingir foi atingido<sup>357</sup>. Cerca de 98% (noventa e oito por cento) dos benefícios fiscais nem sequer apontam objetivos ou resultados mensuráveis em seus textos legais ou exposição de motivos<sup>358</sup>, o que demonstra o descaso da Política nesse ponto. O único estudo encomendado pelo Ministério da Fazenda foi apenas sobre a renúncia fiscal, sobre quanto o governo deixou de arrecadar de tributos, sem analisar outros impactos positivos ou negativos da política pública<sup>359</sup>. Assim, temos aqui um *ponto cego* na observação

---

<sup>355</sup> SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução de Laura Teixeira Motta. Revisão técnica de Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. p. 170-172

<sup>356</sup> LUHMANN, Niklas. **La economía de la sociedad**. Tradução e introdução de Aldo Mascareno. Prefácio da edição espanhola de Dirk Baecker. Cidade do México: Editorial Herder, 2017. p. 96-97.

<sup>357</sup> MANCUSO, Wagner Pralon; GONÇALVES, Maetê Pedroso; MENCARINI, Fabrizio. **Colcha de retalhos: a política de concessão de benefícios tributários ao empresariado no Brasil (1988-2006)**. In: MANCUSO, Wagner Pralon; LEOPOLDI, Maria Antonieta Parahyba; IGLESIAS, Wagner Tadeu. (Orgs.). Estado, empresariado e desenvolvimento no Brasil. São Paulo: Editora de Cultura, 2010.

<sup>358</sup> MANCUSO, Wagner Pralon; MOREIRA, Davi Cordeiro. Benefícios tributários valem a pena? Um estudo de formulação de políticas públicas. **Revista de Sociologia e Política**, vol. 21, n. 45, p. 107-121, mar. 2013. p. 117.

<sup>359</sup> MINISTÉRIO DA FAZENDA. **Arrecadação do Simples Nacional em 2015: Inclusão de novos setores, efeitos no Lucro Presumido/Lucro Real e Impactos do PLP 25/2007**. Disponível:



dos sistemas funcionais para esse problema, especialmente da Política, que poderia realizar ajustes pontuais de forma mais ágil que os demais ou através dos atores políticos legitimados constitucionalmente e, então, instar o STF para promover mudanças e inclusões.

O SIMPLES Nacional tem uma importância na Economia brasileira como um todo por estar atrelado às pequenas organizações econômicas. Inicialmente acreditava-se que elas seriam meras auxiliares do sistema econômico, sendo as primeiras a “morrer” em uma eventual crise<sup>360</sup>. Ocorre que, diferentemente do pensado, no contexto brasileiro, as pequenas empresas são menos suscetíveis a crises econômicas, e o SIMPLES tem auxiliado para que a taxa de falência dessas empresas seja cada vez menor<sup>361</sup>, pelo menos desde 1998, em certos setores, dois anos após sua criação<sup>362</sup>. No âmbito da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), podemos afirmar que uma das teorias para isso seria a absorção mais facilitada dos recém-desempregados por parte dessas pequenas empresas, seja como empresário, seja como recém-empregado<sup>363</sup>, o que também pode ser aplicado ao caso brasileiro. Com isso, em eventuais crises, a matriz econômica brasileira foi sustentada pelas pequenas e médias empresas, demonstrando sua importância na economia nacional, em especial sua grande capilaridade para os mais distantes redutos do país.

Todavia, toda empresa, pequena ou grande, estará atrelada à matriz tributária brasileira, que é altamente *regressiva*<sup>364</sup>, pois prioriza uma alta carga tributária sobre espécies de tributos que não atingem corretamente a capacidade econômica do contribuinte<sup>365</sup>, já que tributa

---

<https://www.gov.br/receitafederal/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos/outros-estudos/estudo-sobre-simples-nacional-em-2015/view>. Acesso em 05/06/2023. p. 2.

<sup>360</sup> ROSSI, Vagner Costa; THEISEN, Cleonir Paulo. Micro, pequenas e médias empresas: o desafio das MPME's de sobreviverem diante da instabilidade econômica. **Revista Tecnológica**, vol. 6, n. 1, p. 212 - 232, sep. 2017. Disponível em: <<https://uceff.edu.br/revista/index.php/revista/article/view/226>>. Acesso em: 21 de maio de 2024. p. 230.

<sup>361</sup> SERENO, Luiz Gustavo Fernandes; SAIANI, Carlos Cesar Santejo; RIBEIRO, Cássio Garcia. Por que as empresas morrem? Efeitos do Simples Nacional na taxa de falência das micro e pequenas empresas brasileiras. **Economia e Sociedade**, Campinas, v. 31, n. 3, vol. 76, p. 601-626, setembro-dezembro, 2022. p. 619-620.

<sup>362</sup> MOURA, Rodrigo de; CORSEUIL, Carlos. O SIMPLES Federal e a geração de empregos na indústria. In: Encontro nacional da ANPEC, n. 37, 2009, Foz do Iguaçu, Paraná. **Anais**. Foz do Iguaçu: ANPEC, 2009. p. 18-19.

<sup>363</sup> PAES, Nelson Leitão; ALMEIDA, Aloísio Flávio Ferreira de. Tributação da pequena empresa e avaliação do Simples. **Caderno de Finanças Públicas**, Brasília, n. 9, p. 5-55, dez. 2009. p. 10-11.

<sup>364</sup> SALVADOR, Evilasio. Perfil da desigualdade e da injustiça tributária: com base nos declarantes do imposto de renda no Brasil 2007-2013. Brasília: Instituto de Estudos Socioeconômicos – INESC, 2016. Disponível: <https://www.ceapetce.org.br/uploads/documentos/587e0c439bbf33.59808206.pdf>. Acesso em 01/06/2023. p. 42.

<sup>365</sup> TIPKE, Klaus. **Moral tributaria del estado y de los contribuyentes**. Traducción, presentación y notas a cargo de Pedro. M. Herrera Molin. Madrid: Marcial Pons, 2002. p. 38-47.

excessivamente o consumo, e não a renda<sup>366</sup>. A Política, ao longo dos anos, tem tentado diminuir essa carga tributária através da implementação de políticas de desoneração de produtos selecionados ou da criação de tributos não cumulativos (ICMS, IPI e PIS/COFINS). Ocorre que, conforme o art. 24 da Lei Complementar n. 123/2006, o SIMPLES Nacional é um regime tributário que *proíbe* que a empresa utilize essas desonerações, sendo exceção para diversas regras tributárias de diminuição de tributos. Dessa maneira, quando é implementada qualquer política pública de desoneração, essa política não terá capilaridade ou ampla efetividade, pois 86% das empresas brasileiras não usufruirão dela.

Pode-se utilizar como exemplo a situação do ICMS-Difal. A não cumulatividade do ICMS com sua sistemática de crédito é uma de suas características mais importantes, pois diminui a regressividade dos recolhimentos realizados ao longo da cadeia e promove uma neutralidade do tributo ao longo da cadeia de produção ou venda<sup>367</sup>. Por conta disso, a alíquota que chega ao consumidor é bastante inferior à que existiria se tivéssemos um tributo cumulativo<sup>368</sup>.

Porém, com a proibição de aferição de créditos no ICMS-Difal pago nas compras interestaduais somada com a exigência de formalização de Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ) pelos fornecedores<sup>369</sup> – principalmente para compradores nas regiões Norte e Nordeste, em que há uma maior quantidade de empresas atuando em comércio<sup>370</sup> e onde a evolução da quantidade de empresas de pequeno porte foi maior nos últimos anos<sup>371</sup> –, temos a conclusão que o

---

<sup>366</sup> DOWBOR, Ladislau. **A era do capital improdutivo**: porque oito famílias têm mais riqueza do que a metade da população do mundo? São Paulo: Autonomia Literária, 2017. P. 219.

<sup>367</sup> BALEEIRO, Aliomar. **Limitações constitucionais ao poder de tributar**. Atualização por Misabel Abreu Machado Derzi. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 733-734.

<sup>368</sup> DE OLIVEIRA, Fabrício Augusto; BIASOTO JR, Geraldo. Justiça fiscal: propostas para a reforma tributária. **Revista Política Social e Desenvolvimento**, ano 03, novembro, 2015, 52 pág. Disponível em: [https://plataformapoliticasocial.com.br/wp-content/uploads/2015/11/revista-pps-25\\_5-11.pdf](https://plataformapoliticasocial.com.br/wp-content/uploads/2015/11/revista-pps-25_5-11.pdf). Acesso em 01/06/2023. P. 16.

<sup>369</sup> DE OLIVEIRA, Fabrício Augusto; BIASOTO JR, Geraldo. Justiça fiscal: propostas para a reforma tributária. **Revista Política Social e Desenvolvimento**, ano 03, novembro, 2015, 52 pág. Disponível em: [https://plataformapoliticasocial.com.br/wp-content/uploads/2015/11/revista-pps-25\\_5-11.pdf](https://plataformapoliticasocial.com.br/wp-content/uploads/2015/11/revista-pps-25_5-11.pdf). Acesso em 01/06/2023. P. 25.

<sup>370</sup> Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas (SEBRAE). **Painel de empresas**. Brasília, DF: SEBRAE, 2020. Disponível: <https://datasebrae.com.br/totaldeempresas-11-05-2020/>. Acesso em 01/06/2023.

<sup>371</sup> Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas (SEBRAE). **Perfil das microempresas e empresas de pequeno porte**. Brasília, DF: SEBRAE, 2018. Disponível: <https://sebrae.com.br/Sebrae/Portal%20Sebrae/UFs/RO/Anexos/Perfil%20das%20ME%20e%20EPP%20-%202004%202018.pdf>. Acesso em 01/06/2023. p. 17.

SIMPLES faz com que o ICMS se torne um tributo majoritariamente cumulativo, o que gera um custo adicional que *será* repassado ao preço final<sup>372</sup>.

Ainda no tópico do ICMS, o SIMPLES impede que o cliente adquirente de empresas vendedoras no SIMPLES possa se creditar do valor total de tributo, sendo limitado ao valor constante no destaque da nota fiscal, bem inferior ao usual do mercado, conforme § 1º do art. 23 da Lei Complementar n. 123/2006. Essa limitação legal faz com que os grandes compradores do SIMPLES (empresas do varejo ou atacado) escolham por não comprar dos optantes desse regime tributário ou então forcem essas empresas a saírem do SIMPLES, o que muitas delas não consegue fazer por falta de viabilidade econômica<sup>373</sup>, ou que diminuam o preço consideravelmente, o que gera um prejuízo grave de concorrência e preço para as pequenas empresas<sup>374</sup>, ou ainda que criem um novo CNPJ apenas com essa finalidade, o que aumenta a despesa financeira e de tempo<sup>375</sup>.

Um outro exemplo grave é o caso dos produtos da cesta básica, principal instrumento de combate à fome. Enquanto a Lei n. 10.925/2004 os desonera do pagamento de PIS/COFINS com a alíquota zero (0%), a falta de autorização legal expressa e a proibição legal geral (§ 1º do art. 24 da Lei Complementar n. 123/2006) para tal benefício aos contribuintes do SIMPLES faz com que cerca de 75% (setenta e cinco por cento)<sup>376</sup> dos mercados e conveniências em todo o território nacional vendam produtos da cesta básica sem essa desoneração. Acrescente-se a essa equação social o fato de a maior parte dos mercados/mercearias estar na região Norte e

---

<sup>372</sup> DE OLIVEIRA, Fabrício Augusto; BIASOTO JR, Geraldo. Justiça fiscal: propostas para a reforma tributária. **Revista Política Social e Desenvolvimento**, ano 03, novembro, 2015, 52 pág. Disponível em: [https://plataformapoliticasocial.com.br/wp-content/uploads/2015/11/revista-pps-25\\_5-11.pdf](https://plataformapoliticasocial.com.br/wp-content/uploads/2015/11/revista-pps-25_5-11.pdf). Acesso em 01/06/2023. P. 17

<sup>373</sup> Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas (SEBRAE). **Relatório especial: os impactos do Simples Nacional**. Brasília, DF: SEBRAE, 2017. [https://datasebrae.com.br/wp-content/uploads/2017/03/An%C3%A1lise-sobre-o-SIMPLES-2017\\_VFinal.pdf](https://datasebrae.com.br/wp-content/uploads/2017/03/An%C3%A1lise-sobre-o-SIMPLES-2017_VFinal.pdf). Acesso em 01/06/2023. p. 32

<sup>374</sup> PESSOA, Leonel Cesarino; COSTA, Giovane da; MACCARI, Emerson Antonio. As micro e pequenas empresas, o Simples Nacional e o problema dos créditos de ICMS. **Revista de Direito GV**, São Paulo, v. 12, m. 2, p. 345-363, mai-ago, 2016. p. 359

<sup>375</sup> PESSOA, Leonel Cesarino; COSTA, Giovane da; MACCARI, Emerson Antonio. As micro e pequenas empresas, o Simples Nacional e o problema dos créditos de ICMS. **Revista de Direito GV**, São Paulo, v. 12, m. 2, p. 345-363, mai-ago, 2016. p. 360.

<sup>376</sup> Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas (SEBRAE). **Painel de empresas**. Brasília, DF: SEBRAE, 2020. Disponível: <https://datasebrae.com.br/totaldeempresas-11-05-2020/>. Acesso em 01/06/2023.

Nordeste<sup>377</sup>, assim como a maior parte da população pobre brasileira<sup>378</sup>, e não faremos esforço algum para dizer que a política pública pretendida pelo governo não teve o impacto financeiro desejado e/ou não chegará à ponta da cadeia, que é a população pobre do interior. Pior, com o acréscimo do ICMS-Difal, os produtos de cesta básica chegarão com um preço consideravelmente superior do que o de um regime de tributação “normal”. Isso reflete um fenômeno de *regressividade* que já é vislumbrado na tributação da renda, em que os contribuintes mais ricos são aqueles que mais se beneficiam de isenções tributárias<sup>379</sup>. Esse problema de aumento de custo não será limitado apenas a pequenos consumidores ou à população mais carente, mas os entes públicos mais frágeis da federação que são os pequenos municípios. Eles não conseguem nenhum tipo de imunidade recíproca em suas compras, sendo os que suportam o maior peso financeiro das compras públicas<sup>380</sup>. A política pública que instituiu o SIMPLES tornou-se uma grande rede impeditiva de capilaridade de políticas fiscais para as zonas sociais de exclusão do Brasil.

Obviamente, as pequenas empresas não conseguem observar toda essa problemática do seu ambiente – nem mesmo os consumidores mais pobres conseguiriam, apesar de serem os mais afetados<sup>381</sup>. A observação das empresas está *limitada* ao mercado interno observável: seus concorrentes diretos e a concorrência de seus preços. É exatamente por esses argumentos que elas demandam ao Poder Judiciário uma resposta ao “problema”. Pleiteiam a isonomia ao afirmar que um concorrente que não está no SIMPLES Nacional pratica preços mais favorecidos que os seus por ter benefícios fiscais que lhe seriam proibidos, tais como alíquotas de ISS (Ag. Reg. de RE n. 1.009.816/SC), regime monofásico da venda de medicamentos (Tema n. 1.050 do STF) ou então a alíquota zero (0%) de PIS/COFINS dos produtos da cesta básica (Lei n. 10.925/2004). Assim, a especulação do STF, ao decidir tais casos, limita-se apenas ao âmbito da liberdade das empresas de se planejarem e concorrer “melhor” e não percebe que essas empresas não são livres em sua atuação. O STF tem observações limitadas das

---

<sup>377</sup> Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas (SEBRAE). **Painel de empresas**. Brasília, DF: SEBRAE, 2020. Disponível: <https://datasebrae.com.br/totaldeempresas-11-05-2020/>. Acesso em 01/06/2023.

<sup>378</sup> HOFFMAN, Rodolfo. **Distribuição da Renda, Brasil, 2017**: Uma apresentação didática das principais características da distribuição da renda no Brasil de acordo com dados da PNAD contínua de 2017. Disponível: <https://iepecdg.com.br/wp-content/uploads/2019/02/RDABR17C.pdf>. Acesso em 01/06/2023. P. 22

<sup>379</sup> SALVADOR, Evilasio. Perfil da desigualdade e da injustiça tributária: com base nos declarantes do imposto de renda no Brasil 2007-2013. Brasília: Instituto de Estudos Socioeconômicos – INESC, 2016. Disponível: <https://www.ceapetce.org.br/uploads/documentos/587e0c439bbf33.59808206.pdf>. Acesso em 01/06/2023. P. 27.

<sup>380</sup> BALEEIRO, Aliomar. **Limitações constitucionais ao poder de tributar**. Atualização por Misabel Abreu Machado Derzi. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 491.

<sup>381</sup> SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução de Laura Teixeira Motta. Revisão técnica de Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. p. 163-164.

informações do mercado interno do sistema, bem como há efeitos latentes (impacto ambiental) importantes na sociedade como um todo que estão atualmente no ponto cego da observação Política e prejudicam os mais vulneráveis.

Em resumo, a distinção igualdade/desigualdade da vertente neoliberal dentro da lógica do princípio funcional da isonomia complexa tributária na forma da progressividade, como praticado pelo STF, tem gerado um segundo efeito latente que é o não atingimento dos resultados pretendidos com as diversas políticas públicas de desoneração fiscal (desoneração dos produtos da cesta básica, por exemplo) – portanto, de combate à regressividade e de estímulo à progressividade. Essa consequência se localiza em um ponto cego da observação da Política e do Direito, aqui incluído o STF.

Apesar de surgir de forma tangencial ao assunto, cabe ressaltar também que a especulação do STF gera um problema de *sustentabilidade* para as empresas do SIMPLES. Como visto nos dados do Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas (SEBRAE), o regime fiscal do SIMPLES é condição de existência para muitas das pequenas empresas no Brasil<sup>382</sup>. Cerca de 31% (trinta e um por cento) das pequenas empresas que fecharam alegaram problemas de custos tributários como a principal causa<sup>383</sup>, e cerca de 52% (cinquenta e dois por cento) afirmam que a redução de encargos e impostos tem evitado o seu fechamento<sup>384</sup>. Ademais, como essas empresas são essenciais para sustentação da economia brasileira em momentos de crise econômica<sup>385</sup>, elas possuem uma alta maleabilidade, como visto na pandemia de COVID-19<sup>386</sup>. Com isso, um encerramento de suas atividades afetaria o mercado como um todo. Em números, 98,1% (noventa e oito vírgula um) das empresas de serviço são pequenas empresas e empregam

---

<sup>382</sup> Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas (SEBRAE). **Relatório especial: os impactos do Simples Nacional**. Brasília, DF: SEBRAE, 2017. [https://datasebrae.com.br/wp-content/uploads/2017/03/An%C3%A1lise-sobre-o-SIMPLES-2017\\_VFfinal.pdf](https://datasebrae.com.br/wp-content/uploads/2017/03/An%C3%A1lise-sobre-o-SIMPLES-2017_VFfinal.pdf). Acesso em 01/06/2023. p. 32

<sup>383</sup> Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas (SEBRAE). **Sobrevivência das empresas no Brasil**. Brasília, DF: SEBRAE, 2016. <https://sebrae.com.br/Sebrae/Portal%20Sebrae/Anexos/sobrevivencia-das-empresas-no-brasil-relatorio-apresentacao-2016.pdf>. Acesso em 01/06/2023.

<sup>384</sup> Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas (SEBRAE). **Sobrevivência das empresas no Brasil**. Brasília, DF: SEBRAE, 2016. <https://sebrae.com.br/Sebrae/Portal%20Sebrae/Anexos/sobrevivencia-das-empresas-no-brasil-relatorio-apresentacao-2016.pdf>. Acesso em 01/06/2023.

<sup>385</sup> SERENO, Luiz Gustavo Fernandes; SAIANI, Carlos Cesar Santejo; RIBEIRO, Cássio Garcia. Por que as empresas morrem? Efeitos do Simples Nacional na taxa de falência das micro e pequenas empresas brasileiras. **Economia e Sociedade**, Campinas, v. 31, n. 3, vol. 76, p. 601-626, setembro-dezembro, 2022. p. 619-620.

<sup>386</sup> Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas (SEBRAE). **Observatório MPE**. 42ª ed. Brasília, DF: SEBRAE, 2021. [https://bibliotecas.sebrae.com.br/chronus/ARQUIVOS\\_CHRONUS/bds/bds.nsf/3979de5fa855aaf9e0893780713962a6/\\$File/30583.pdf](https://bibliotecas.sebrae.com.br/chronus/ARQUIVOS_CHRONUS/bds/bds.nsf/3979de5fa855aaf9e0893780713962a6/$File/30583.pdf). Acesso em 01/06/2024.

43,5% (quarenta e três vírgula cinco por cento) de todos os trabalhadores do setor. Da mesma forma, o setor do comércio tem 99,2% (noventa e nove vírgula dois por cento) das empresas e 69,5% (sessenta e nove vírgula cinco por cento) do pessoal ocupado e no setor industrial, sendo 95,5% (noventa e cinco vírgula cinco por cento) e 42% (quarenta e dois por cento) do pessoal ocupado<sup>387</sup>. Se colocarmos lado a lado a geração de emprego entre empresas de pequeno porte e as de médio e grande porte em um contexto de crise financeira, fica nítido que a capacidade de geração de emprego das de pequeno porte supera as demais na ordem de 4 (quatro) vezes mais, portanto “sustentando uma vez mais a geração de empregos na economia”<sup>388</sup>. Sob o prisma da arrecadação e do crescimento, as empresas optantes do SIMPLES arrecadaram mais tributos que as não optantes e ainda cresceram três vezes mais do que o crescimento das demais, mostrando um grande impacto econômico<sup>389</sup>.

Assim, quando o STF toma decisões que começam a inviabilizar o regime fiscal e a atividade como um todo de tais empresas em face de seus concorrentes (que são grandes empresas em outros regimes tributários mais favoráveis), tem-se um problema de sustentabilidade, primeiramente, para a sobrevivência de tais empresas e, posteriormente, para a saúde da economia brasileira como um todo em cenários de normalidade ou crise econômica. Diante desse cenário, afora a problemática de inclusão, temos também um descompasso de sustentabilidade que deve ser solucionado no *locus* adequado, através de decisões de integridade. Dessa maneira, mesmo que se encontrasse algum tipo de justificativa “cínica” para reafirmar juridicamente a progressividade, mantendo, em mesmo ato, a desigualdade dentro do “tratamento diferenciado” das pequenas empresas, a crise de sustentabilidade gerada pela continuidade das decisões dentro da lógica da memória transubjetiva (jurisprudência) do STF geraria a irritação apta a provocar uma decisão de integridade para proteção jurídica de modos categóricos.

---

<sup>387</sup> Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas (SEBRAE). **Participação das micro e pequenas empresas na economia brasileira**. Brasília, DF: SEBRAE, 2014. <https://sebrae.com.br/Sebrae/Portal%20Sebrae/Estudos%20e%20Pesquisas/Participacao%20das%20micro%20e%20pequenas%20empresas.pdf>. Acesso em 01/06/2021. p. 55

<sup>388</sup> Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas (SEBRAE). **Análise do CAGED**. Brasília, DF: SEBRAE, 2019. <https://sebrae.com.br/Sebrae/Portal%20Sebrae/Estudos%20e%20Pesquisas/Relatorio%20do%20CAGED%201%202019.pdf>. Acesso em 01/06/2023. p. 02.

<sup>389</sup> PAES, Nelson Leitão. Simples Nacional no Brasil: o difícil balanço entre estímulos às pequenas empresas e aos gastos tributários. **Nova Economia**, Belo Horizonte, vol. 24, n. 3, p. 541-554, setembro-dezembro, 2014. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/neco/a/m9QcrPVXVKSLWnDjcRmY3qf/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em 01/06/2024.

## 6. CONCLUSÃO

Feitas tais considerações, cabe ressaltar ainda os efeitos ambientais da especulação do STF nesse caso. A expectativa de inclusão das pequenas empresas em busca de uma igualdade na concorrência de preços é rejeitada pelo sistema do Direito, por este não observar nesse conflito social uma lesão às liberdades das empresas nas esferas de justiça que lhe caberiam. Isso gerará um efeito na Economia, que será a precificação “para cima” dos produtos, especialmente, mas não exclusivamente, aqueles de maior necessidade da população mais pobre. Assim, a falta de capacidade do sistema do Direito em observar, com lentes não neoliberais, que há um problema social, não de preços ou concorrências, mas de efeitos ambientais maléficos e de uma tributação ainda mais regressiva aos mais pobres, acaba por impedir que as políticas públicas fiscais cheguem a quem mais precisa.

A problemática persiste e piora quando vemos uma Política cujas políticas públicas têm efeitos em um *ponto cego* já histórico e institucionalizado, o que impede, por enquanto, uma mudança de dispositivos legais. As camadas mais pobres também não conseguem autoafirmar seus direitos de maneira clara para a Política, já que a insatisfação de preços altos é “etérea” e mais midiática, vislumbrada por pesquisas de satisfação que atestam um descontentamento geral e não apontam os causadores dos problemas. Com isso, apenas as pequenas e médias empresas são capazes de, através da sua observação do mercado observável, apontar tais falhas. No sistema do Direito, dentro dos tribunais, elas têm seus argumentos rechaçados de forma categórica, e, no sistema da Política, no Congresso nacional, são encontrados apenas projetos de leis tímidos, que não diminuem os problemas ambientais encontrados.

A perspectiva de alteração desse quadro é baixa. Com o projeto de Lei Complementar n. 68/2024, a reforma tributária que está sendo promovida, não há nenhuma alteração significativa do sistema do SIMPLES Nacional (como vemos no inciso I, § 10º do art. 28, o qual já proíbe que essas empresas se apropriem de créditos dos novos tributos que serão criados). Assim, todas as soluções que estão sendo tratadas para diminuição da carga tributária das famílias mais pobres (*cashback*, em especial) terão uma capilaridade muito pequena, pois menos de 25% (vinte e cinco por cento) das empresas e fornecedores de consumo estarão dentro dessa sistemática e, provavelmente, estão localizadas em grandes centros urbanos, em que o poder aquisitivo já é mais elevado. A Política continua no seu ponto cego aos efeitos deletérios dessa

política, a Economia precifica essa observação limitada, e o Direito especula mal esse ambiente e afasta alguma variação pela prestação jurisdicional.

## 7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Cicero Donizeth Fernandes; LUZ, Rodrigo Maia; FERMINO, Marcela Modesto. O fenômeno burocrático e suas influências sob o custo de conformidade brasileiro. **Revista Direito Tributário Atual**, vol. 53, 2023, 120–140. <https://doi.org/10.46801/2595-6280.53.5.2023.2288>.

ANDRÉ MENDONÇA, do STF, abre instituto com ex-ministro de Bolsonaro. **O Globo** [online], Rio de Janeiro. 11 de mar. 2024. Política. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/politica/noticia/2024/03/11/andre-mendonca-do-stf-abre-instituto-com-ex-ministro-de-bolsonaro.ghml>. Acesso em 01/05/2024.

APÓS REUNIÃO com deputados, Fux retira de pauta ações contra juiz de garantias. **Gazeta do Povo** [online], Paraná. 17 de nov. 2021. República. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/republica/breves/fux-retira-de-pauta-aco-es-contra-juiz-de-garantias/>. Acesso em 01/05/2024.

BALEEIRO, Aliomar. **Limitações constitucionais ao poder de tributar**. Atualização por Misabel Abreu Machado Derzi. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

BARALDI, Claudio; Corsi, Giancarlo; ESPOSITO, Elena. **Unlocking Luhmann: a keyword introduction to systems theory**. Tradução por Katherine Walker. Bielefeld: Bielefeld University Press.

BATISTA, João Bosco. A verdade do Ser como Alétheia e errância. **Existência e arte – Revista Eletrônica do Grupo PET**, ano 1, n. 1, jan-dez. 2005. Disponível em <https://www.ufsj.edu.br/portal2-repositorio/File/existenciaearte/Arquivos/A%20VERDADE%20DO%20SER%20COMO%20ALETH%20E%20ERRANCIA.pdf>. Acesso em 03 de dez. de 2022.

BELLUZZO, Luiz Gonzaga. **O tempo de Keynes nos tempos do capitalismo**. 2ª ed. São Paulo: Editora Contracorrente, 2021.

BLOG INVENTA frases e muda contexto de fala do ministro Gilmar Mendes. **Supremo Tribunal Federal**, Brasília. 24 de abr. 2022. #Verdades do STF. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=485767&ori=1>. Acesso em 01/05/2024.

BRIGIDO, Carolina. Ministros do STF dizem que é improvável mudança em decisão sobre imprensa. **Uol** [online], São Paulo. 29 de nov. 2023. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/colunas/carolina-brigido/2023/11/29/ministros-do-stf-dizem-que-e-improvavel-mudanca-em-decisao-sobre-imprensa.htm>. Acesso em 01/05/2024.

CARNEIRO, Walber Araújo. **Hermenêutica jurídica heterorreflexiva: uma teoria dialógica do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

CARNEIRO, Walber Araújo. A autonomia do direito o ponto cego de seus macromodelos teóricos. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica (RHJ)**, Belo Horizonte, ano 12, n. 15, p. 169-182, jan/jul. 2014.



CARNEIRO, Walber Araujo. **La pandemia de odio y las nuevas posibilidades mediáticas de la moral**: um análisis ecológico del sistema político. MAD, n. 50, p. 1-18, 2014. Disponível em: <https://doi.org/10.5354/0719-0527.2024.75574>. Acesso em 05/08/2024.

CARNEIRO, Walber Araujo. **Por uma ecologia do sentido**: entre fenomenologia e teoria dos sistemas sociais. (no prelo).

CARNEIRO, Walber Araújo. **Os princípios do direito**: entre Hermes e Hades. In: João Paulo Allain Teixeira e Leonam Iiziero (Org.). Direito e sociedade – Volume 4: Marcelo Neves como intérprete da sociedade global. Andradina: Meraki, 2020.

CARNEIRO, Walber Araújo. Os direitos fundamentais da Constituição e os fundamentos da constituição de direitos: reformulações paradigmáticas na sociedade complexa e global. **Revista Direito Mackenzie**, v. 12, n. 1, p. 129-165, 2018. Disponível em: <http://editorarevistas.mackenzie.br/index.php/rmd/article/view/11856>. Acesso em: 01 de mai. 2020.

CERBONE, David. R. **Fenomenologia**. Tradução de Caesar Souza. 3ª edição. Petrópolis: Editora Vozes, 2014 (Série Pensamento Moderno).

DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. **A nova razão do mundo**: ensaio sobre a sociedade neoliberal. Tradução de Mariana Echalar. São Paulo: Editora Boitempo, 2016.

DE OLIVEIRA, Fabrício Augusto; BIASOTO JR, Geraldo. Justiça fiscal: propostas para a reforma tributária. **Revista Política Social e Desenvolvimento**, ano 03, novembro, 2015, 52 pág. Disponível em: [https://plataformapoliticasocial.com.br/wp-content/uploads/2015/11/revista-pps-25\\_5-11.pdf](https://plataformapoliticasocial.com.br/wp-content/uploads/2015/11/revista-pps-25_5-11.pdf).

DOWBOR, Ladislau. **A era do capital improdutivo**: porque oito famílias têm mais riqueza do que a metade da população do mundo? São Paulo: Autonomia Literária, 2017.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

E-MAILS REVELAM ‘agendas privadas’ de Bolsonaro com ministros do STF. **Carta Capital** [online], São Paulo. 14 de ago. 2023. Justiça. Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/politica/e-mails-revelam-agendas-privadas-de-bolsonaro-com-ministros-do-stf/>. Acesso em 01/05/2024.

EM EVENTO no STF, Moraes afirma que notícias falsas “são a praga do século 21”. **Tribunal Superior Eleitoral** [online], Brasília. 14 de set. 2023. Notícias. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/comunicacao/noticias/2023/Setembro/em-evento-no-stf-moraes-afirma-que-noticias-falsas-201csao-a-praga-do-seculo-21201d>. Acesso em 01/05/2024.

GAVA, Rafael Ambrósio; MORAES, Janaina Gomes Garcia de. Combater a jurisprudência defensiva com o novo CPC: "yes, we can!" or can we?. **Revista de Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça**. V. 1, n. 1, 188-215, 2015.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**: interpretação e crítica. 19ª ed. rev. e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2018.

GROSS, Clarissa; ROSA, Leonardo Gomes Penteado. O duplo cerco à liberdade de expressão: No inquérito das fake news, o STF não diferencia uso e abuso da liberdade de expressão, mas lhe impõe um segundo cerco. **Quatro cinco um** [online], São Paulo, 19 de ago. 2020. *Laut Liberdade e autoritarismo*. Disponível em: <https://quatrocincoum.com.br/artigos/liberdade-e-autoritarismo/o-duplo-cerco-a-liberdade-de-expressao/>. Acesso em 01/05/2024.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Imunologia: mudança do paradigma autopiético? **Passagens Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica**. Rio de Janeiro, vol. 6, n. 3, setembro-dezembro, 2014, p. 584-603.

HEIDEGGER, Martin. Sobre a essência da verdade. In: HEIDEGGER, Martin. **Conferências e escritos filosóficos**. Tradução de notas de Ernildo Stein. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1999 (Coleção Os Pensadores), p. 149-170.

HOFFMAN, Rodolfo. **Distribuição da Renda, Brasil, 2017**: Uma apresentação didática das principais características da distribuição da renda no Brasil de acordo com dados da PNAD contínua de 2017. Disponível: <https://iepecdg.com.br/wp-content/uploads/2019/02/RDABR17C.pdf>. Acesso em 01/06/2023.

LELLIS, Nelson; DUTRA, Roberto. Programmatic Crisis and Moralization of the Politics: a Proposal to Define the Bolsonarism from the Experience with the Covid-19 Pandemic. **International Journal of Latin American Religions**, 04, 2020.

LEWKOW, Lionel. **Luhmann, intérprete de Husserl**: El observador observado. Buenos Aires: Mino y Davila Editores, 2017.

LORENZETTO, Bruno Meneses; PEREIRA, Ricardo dos Reis. O supremo soberano no estado de exceção: (des)aplicação do direito pelo STF no âmbito do inquérito das “Fake News” (Inquérito n. 4.781). **Sequência**, Florianópolis, n. 85, p. 173-203, ago. 2020.

LUHMANN, Niklas. **La ciência de la sociedade**. Tradução de Silvia Pappe, Brunhilde Erker e Luis Felipe Segura. Ciudad de Mexico: Universidad Iberoamericana, 1996. (Autores, textos y temas. Ciencias Sociales).

LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. Tradução de Saulo Krieger. Tradução das citações em latim Alexander Agnolon. São Paulo: Martins Fontes, 2016

LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociais: esboço de uma teoria geral**. Tradução de Antonio C. Luz Costa, Roberto Dutra Torres Júnior e Marco Antonio dos Santos Casanova. Petrópolis: Editora Vozes, 2016.

LUHMANN, Niklas. **Introdução à teoria dos sistemas**. Tradução de Ana Cristina Arantes Nasser. 3ª ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2011

LUHMANN, Niklas. **Die Gesellschaft der Gesellschaft**. Frankfurt am Main: Suhrkamp Taschenbuch Verlag, 1998. Tradução e notas de Leonel Severo Rocha

LUHMANN, Niklas. **Theory of Society**: volume 01. Translated by Rhodes Barrett. Stanford: Stanford University Press, 2012.

LUHMANN, Niklas. **Ecological communication**. Tradução de John Bednarz Jr. Cambridge: University of Chicago Press, 1989.

LUHMANN, Niklas. **Organization and decision**. Tradução de Rhodes Barrett. Cambridge: Cambridge University Press, 2018.

LUHMANN, Niklas. **La economía de la sociedad**. Tradução e introdução de Aldo Mascareno. Prefácio da edição espanhola de Dirk Baecker. Cidade do México: Editorial Herder, 2017.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia**: Dworkin e a teoria do direito contemporânea. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.

MANCUSO, Wagner Pralon; GONÇALVES, Maetê Pedroso; MENCARINI, Fabrizio. **Colcha de retalhos**: a política de concessão de benefícios tributários ao empresariado no Brasil (1988-2006). In: MANCUSO, Wagner Pralon; LEOPOLDI, Maria Antonieta Parahyba; IGLESIAS, Wagner Tadeu. (Orgs.). Estado, empresariado e desenvolvimento no Brasil. São Paulo: Editora de Cultura, 2010.

MANCUSO, Wagner Pralon; MOREIRA, Davi Cordeiro. Benefícios tributários valem a pena? Um estudo de formulação de políticas públicas. **Revista de Sociologia e Política**, vol. 21, n. 45, p. 107-121, mar. 2013.

MARCELINO, Daniel; MELLO, Fernando. Pesquisa JOTA: 34% dos brasileiros aceitam fechar o Congresso e 32%, o STF. **JOTA** [online], São Paulo. 08 de jul. 2019. Avaliação. Disponível em: [https://www.jota.info/paywall?redirect\\_to=https://www.jota.info/stf/pesquisa-jota-34-dos-brasileiros-aceitam-fechar-o-congresso-e-32-o-stf-08072019](https://www.jota.info/paywall?redirect_to=https://www.jota.info/stf/pesquisa-jota-34-dos-brasileiros-aceitam-fechar-o-congresso-e-32-o-stf-08072019). Acesso em 01/05/2024.

MARTINS, Ricardo Marcondes. **Teoria jurídica da liberdade**. São Paulo: Editora Contracorrente, 2015.

MASCARENO, Aldo. **Diferenciación y contingencia em américa latina**. Santiago de Chile: Ediciones Universidad Alberto Hurtado, 2010 (Colección sociología organizaciones, personas, sociedade)

MAZZUCATO, Mariana. **O estado empreendedor**: desmascarando o mito do setor público vs. setor privado. Tradução de Elvira Serapicos. São Paulo: Porfólio-Penguin, 2014.

MENDES, Lucas; Rosa, João. STF vai julgar no plenário físico a disputa de Apple e Gradiente pela marca iPhone. **CNN Brasil** [online], São Paulo. 23 de out. 2023. Disponível em: [https://www.cnnbrasil.com.br/economia/stf-vai-julgar-no-plenario-fisico-a-disputa-de-apple-e-gradiente-pela-marca-iphone/#:~:text=iPhone%20%7C%20CNN%20Brasil-,STF%20vai%20julgar%20no%20plen%C3%A1rio%20f%C3%ADsico%20a%20disputa,e%20Gradiente%20pela%20marca%20iPhone&text=O%20Supremo%20Tribunal%20Federal%20\(STF,marca%20%E2%80%9CiPhone%E2%80%9D%20no%20Brasil](https://www.cnnbrasil.com.br/economia/stf-vai-julgar-no-plenario-fisico-a-disputa-de-apple-e-gradiente-pela-marca-iphone/#:~:text=iPhone%20%7C%20CNN%20Brasil-,STF%20vai%20julgar%20no%20plen%C3%A1rio%20f%C3%ADsico%20a%20disputa,e%20Gradiente%20pela%20marca%20iPhone&text=O%20Supremo%20Tribunal%20Federal%20(STF,marca%20%E2%80%9CiPhone%E2%80%9D%20no%20Brasil). Acesso em 01/05/2024.

MINISTÉRIO DA CIÊNCIA, TECNOLOGIA E INOVAÇÕES. Lei do Bem: utilização dos incentivos fiscais à inovação tecnológica – ano-base 2015. Disponível: <https://www.gov.br/mcti/pt-br/acompanhe-o-mcti/lei-do-bem/arquivo/relatorio-p-d/relatorio-anual-lei-11-196-05-ano-base-2015.pdf>. Acesso em 05/06/2023

MINISTÉRIO DA FAZENDA. **Arrecadação do Simples Nacional em 2015**: Inclusão de novos setores, efeitos no Lucro Presumido/Lucro Real e Impactos do PLP 25/2007. Disponível: <https://www.gov.br/receita-federal/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos/outros-estudos/estudo-sobre-simples-nacional-em-2015/view>. Acesso em 05/06/2023.

MISKOLCI, Richard; BALIEIRO, Fernando de Figueiredo. The moralization of politics in Brazil. **International Sociology**, vol 38 (4), 2023, 480-496.

MOURA, Rodrigo de; CORSEUIL, Carlos. O SIMPLES Federal e a geração de empregos na indústria. In: Encontro nacional da ANPEC, n. 37, 2009, Foz do Iguaçu, Paraná. **Anais**. Foz do Iguaçu: ANPEC, 2009.

MUNIZ, Mariana; LINDNER, Julia; ÉBOLI, Evandro. Fux se aproxima do Congresso após atos antidemocráticos no 7 de setembro. **O Globo** [online], Rio de Janeiro. 08 de nov. 2021. Política. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/politica/fux-se-aproxima-do-congresso-apos-atos-antidemocraticos-no-7-de-setembro-25267955>. Acesso em 01/05/2024.

NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã**: uma relação difícil. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

NEVES, Marcelo. **Constituição e direito na modernidade periférica**: uma abordagem teórica e uma interpretação do caso brasileiro. Tradução por Antônio Luiz Costa. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2018.

OLIVEIRA, Rafael. **O conceito de princípio entre a otimização e a resposta correta**: aproximações sobre o problema da fundamentação e da discricionariedade das decisões judiciais a partir da fenomenologia hermenêutica. Dissertação de Mestrado. Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS. 2007.

PAES, Nelson Leitão. Simples Nacional no Brasil: o difícil balanço entre estímulos às pequenas empresas e aos gastos tributários. **Nova Economia**, Belo Horizonte, vol. 24, n. 3, p. 541-554, setembro-dezembro, 2014. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/neco/a/m9QcrPVXVKSLWnDjcRmY3qf/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em 01/06/2024.

PAES, Nelson Leitão; ALMEIDA, Aloísio Flávio Ferreira de. Tributação da pequena empresa e avaliação do Simples. **Caderno de Finanças Públicas**, Brasília, n. 9, p. 5-55, dez. 2009.

PASQUALETO, Olívia de Quintana Figueiredo; BARBOSA, Ana Laura Pereira; FIOROTTO, Laura Arruda. **Terceirização e pejetização no STF**: Análise das reclamações constitucionais (FGV Direito SP – Coordenadoria de Pesquisa Jurídica Aplicada – Relatórios). Disponível em: <https://repositorio.fgv.br/items/b8957d04-ce85-4a97-8cf9-3c663336932b>. Acesso em 01/05/2024.

PEREIRA, Thomaz; ARGUELHES, Diego Werneck; ALMEIDA, Guilherme da Franca Couto Fernandes de. **Quem decide no Supremo?** Tipos de decisão colegiada no tribunal (1988-2018). Vol. VIII. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2020 (Coleção Supremo em Números).

RECONDO, Felipe; WEBER, Luiz. **Os onze**: o STF, seus bastidores e suas crises. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

REIS, Ulisses Levy Silvério dos; MEYER, Emilio Peluso Neder. “Ministrocracia” e decisões individuais contraditórias no Supremo Tribunal Federal. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 11, n. 3. p. 401-425, 2021

REZENDE, Constança. Projeto na Câmara sobre fake News não interfere em julgamento do STF, dizem ministros. **Folha de São Paulo** [online], São Paulo. 29 de mar. 2023. Folhajes. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2023/03/projeto-na-camara-sobre-fake-news-nao-interfere-em-julgamento-do-stf-dizem-ministros.shtml>. Acesso em 01/05/2024.

ROCHA, Leonel Severo. WEYERMULLER, André Rafael. Comunicação ecológica por Niklas Luhmann. **Revista de Novos Estudos Jurídicos – Eletrônica**, vol. 19, n. 1, jan-abr, 2014, p. 249. Disponível em: [www.univali.br/periodicos](http://www.univali.br/periodicos). Acesso em 03 de dez. de 2022.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?** Para uma crítica do direito (brasileiro). Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013.

ROESLER, Cláudia Rosane; RUBINGER-BETTI, Gabriel. O julgamento da ADI no 3510 sob a perspectiva argumentativa. **Novos Estudos Jurídicos**, v. 19, n. 03, p. 663-694, 2014. Disponível em: <https://periodicos.univali.br/index.php/nej/article/view/6666>. Acesso em 03 de dez. de 2022.

ROSSI, Vagner Costa; THEISEN, Cleonir Paulo. Micro, pequenas e médias empresas: o desafio das MPME's de sobreviverem diante da instabilidade econômica. **Revista Tecnológica**, vol. 6, n. 1, p. 212 - 232, sep. 2017. Disponível em: <https://uceff.edu.br/revista/index.php/revista/article/view/226>. Acesso em: 21 de maio de 2024.

SALVADOR, Evilasio. Perfil da desigualdade e da injustiça tributária: com base nos declarantes do imposto de renda no Brasil 2007-2013. Brasília: Instituto de Estudos Socioeconômicos – INESC, 2016. Disponível: <https://www.ceapetce.org.br/uploads/documentos/587e0c439bbf33.59808206.pdf>. Acesso em 01/06/2023.

SCHARPF, Fritz W. Judicial review and the political question: a functional analysis. **The Yale Law Journal**, vol. 75, n. 4, 517-597, mar. 1966.

SERENO, Luiz Gustavo Fernandes; SAIANI, Carlos Cesar Santejo; RIBEIRO, Cássio Garcia. Por que as empresas morrem? Efeitos do Simples Nacional na taxa de falência das micro e pequenas empresas brasileiras. **Economia e Sociedade**, Campinas, v. 31, n. 3, vol. 76, p. 601-626, setembro-dezembro, 2022.

Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas (SEBRAE). **Painel de empresas**. Brasília, DF: SEBRAE, 2020. Disponível: <https://datasebrae.com.br/totaldeempresas-11-05-2020/>. Acesso em 01/06/2023.

Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas (SEBRAE). **Relatório especial: os impactos do Simples Nacional**. Brasília, DF: SEBRAE, 2017. [https://datasebrae.com.br/wp-content/uploads/2017/03/An%C3%A1lise-sobre-o-SIMPLES-2017\\_VFfinal.pdf](https://datasebrae.com.br/wp-content/uploads/2017/03/An%C3%A1lise-sobre-o-SIMPLES-2017_VFfinal.pdf). Acesso em 01/06/2023.

Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas (SEBRAE). **Perfil das microempresas e empresas de pequeno porte**. Brasília, DF: SEBRAE, 2018. Disponível: <https://sebrae.com.br/Sebrae/Portal%20Sebrae/UFs/RO/Anexos/Perfil%20das%20ME%20e%20EPP%20-%202004%202018.pdf>. Acesso em 01/06/2023.

Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas (SEBRAE). **Sobrevivência das empresas no Brasil**. Brasília, DF: SEBRAE, 2016. <https://sebrae.com.br/Sebrae/Portal%20Sebrae/Anexos/sobrevivencia-das-empresas-no-brasil-relatorio-apresentacao-2016.pdf>. Acesso em 01/06/2023.

Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas (SEBRAE). **Participação das micro e pequenas empresas na economia brasileira**. Brasília, DF: SEBRAE, 2014. <https://sebrae.com.br/Sebrae/Portal%20Sebrae/Estudos%20e%20Pesquisas/Participacao%20das%20micro%20e%20pequenas%20empresas.pdf>. Acesso em 01/06/2021

Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas (SEBRAE). **Análise do CAGED**. Brasília, DF: SEBRAE, 2019. <https://sebrae.com.br/Sebrae/Portal%20Sebrae/Estudos%20e%20Pesquisas/Relatorio%20do%20CAGED%2001%202019.pdf>. Acesso em 01/06/2023.

Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas (SEBRAE). **Observatório MPE**. 42ª ed. Brasília, DF: SEBRAE, 2021.

[https://bibliotecas.sebrae.com.br/chronus/ARQUIVOS\\_CHRONUS/bds/bds.nsf/3979de5fa855aaf9e0893780713962a6/\\$File/30583.pdf](https://bibliotecas.sebrae.com.br/chronus/ARQUIVOS_CHRONUS/bds/bds.nsf/3979de5fa855aaf9e0893780713962a6/$File/30583.pdf). Acesso em 01/06/2024.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 1.009.816/SC, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, j. 26/05/2017.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário n. 970.821/RS. Rel. Min. Edson Fachin, j. 12/05/2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Recurso Extraordinário n. 627.543/RS, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 30/10/2013.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário n. 1.199.021/SC, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 08/09/2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 572/DF, Rel. Min. Edson Fachin, j. 18/06/2020.

SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. Tradução de Denise Bottmann e Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução de Laura Teixeira Motta. Revisão técnica de Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SILVA, Virgílio Afonso da. Deciding Without Deliberating. **International Journal of Constitutional Law**, vol. 11, n. 3, 2013. Disponível em: <https://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2013-ICON-11-Deciding-Deliberating.pdf>. Acesso em 03 de dez. de 2022

SILVA, Virgílio Afonso da. "Um voto qualquer"? O papel do ministro relator na deliberação no Supremo Tribunal Federal. **REI – Revistas de Estudos Institucionais**, vol. 1, n. 1, 2016, 180–200. Disponível em: <https://doi.org/10.21783/rei.v1i1.21>. Acesso em 01/05/2024.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Direito ambiental e sustentabilidade**. Curitiba: Juruá, 2011

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Curso de hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico**. Curitiba: Juruá Editora, 2014.

STF PARTICIPA de reunião para o anúncio de novas ações de ajuda ao RS. **Supremo Tribunal Federal**, Brasília. 13 de mai. 2024. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=537017&ori=1>. Acesso em 01/05/2024.

STF: RECLAMAÇÃO contra decisão trabalhista não substitui rescisória. Migalhas. [online], São Paulo. 07 de mai. 2024. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/406830/stf-reclamacao-contra-decisao-trabalhista-nao-substitui-rescisoria>. Acesso em 01/05/2024.

TAKANO, Rodrigo Seizo; BUNDUKI, Ana Júlia Sales Aragão; GERMINIANI, Murilo Caldeira. **STF e a contratação de pessoa jurídica: pejetização agora é válida?**. Disponível em: <https://www.machadomeyer.com.br/pt/inteligencia-juridica/publicacoes-ij/trabalhista-ij/stf-e-a-contratacao-de-pessoa-juridica-pejetizacao-agora-e-valida>. Acesso em 01/05/2024

TEIXEIRA, Matheus *et. al.* STF reage a relatório que expõe Moraes, bolsonaristas exploram e governo minimiza. **Folha de São Paulo** [online], São Paulo. 18 de abr. 2024. Poder. Disponível em:



<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2024/04/stf-reage-a-relatorio-divulgado-nos-eua-e-diz-que-todas-as-suas-decisoes-sao-fundamentadas.shtml>. Acesso em 01/05/2024.

TIPKE, Klaus. **Moral tributaria del estado y de los contribuyentes**. Traducción, presentación y notas a cargo de Pedro. M. Herrera Molin. Madrid: Marcial Pons, 2002.

TREVIZAN, Thaita Campos. DIAS NETA, Vellêda Bivar Soares. A liberdade sob a perspectiva de Kant: um elemento central da ideia de justiça. **Cadernos da EMARF**, Fenomenologia e Direito, Rio de Janeiro, v.3, n.1, p. 1-132, abr./set.2010.

PIKETTY, Thomas. **O capital no século XXI**. Tradução de Mônica Baumgarten de Bolle. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014.

PORTELLA, André. CARNEIRO, Walber Araújo. SOUZA, Bruno Calil N. de. A sistemática da alíquota única aplicada ao imposto sobre a renda e suas implicações sobre o princípio da capacidade econômica. **Diké**, v. 22, n. 22, p. 348-382, Edição Especial, 2023.

VALE, André Rufino do. **Argumentação Constitucional**: um estudo sobre a deliberação nos Tribunais Constitucionais. 2015. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **A batalha dos poderes**: Da transição democrática ao mal-estar constitucional. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

WANTHIER, Cátia Luana; MORAIS, Roberto Tadeu Ramos; ECKER, Francisco. Os efeitos econômicos e tributários da exclusão do regime tributário simples nacional: estudo de caso. **Revista Eletrônica de Ciências Contábeis**. v. 12, n.1, p. 105-136, 2023, Disponível: <https://seer.faccat.br/index.php/contabeis/article/view/2747>. Acesso em 05/06/2023.