

PERSONALIDADE JURÍDICA, MERCADO E OPINIÃO PÚBLICA: UMA VISÃO SISTÊMICO-INSTITUCIONAL*

Lucas Fucci Amato¹

LEGAL PERSONALITY, MARKET AND PUBLIC OPINION:
A SYSTEMIC-INSTITUTIONAL VIEW

RESUMO: O objetivo do trabalho é defender um conceito de esfera pública ou ambiente interno específico ao sistema jurídico e revelar a importância da distinção entre esfera pública (ou ambiente interno) e esfera organizada para compreender a estrutura interna dos sistemas sociais – ou suas instituições. Com isso, desenvolve-se a distinção e o paralelo entre os ambientes internos dos sistemas jurídico, político e econômico: personalidade jurídica, opinião pública e mercado. Alia-se uma visão dos isomorfismos entre as estruturas institucionais desses sistemas sociais a uma análise de suas semânticas – de seus discursos de fundamentação e práticas decisórias. Enquanto a decisão política deve responsividade à opinião pública (à qual se vincula por meio do voto), a decisão jurídica (e especialmente judicial) vincula-se procedimentalmente a direitos, deveres, poderes e responsabilidades construídos como atributos subjetivos e garantidos pelo direito válido, que é a fonte autoritativa da motivação das sentenças.

Palavras-chave: Esfera pública. Público e privado. Personalidade Jurídica. Direito e economia. Direito e política.

ABSTRACT: The aim of this paper is to defend a concept of public sphere or internal environment specific to the legal system and to reveal the relevance of the distinction between public sphere and organized sphere for understanding the inner structure of the social systems – or their institutions. Therefore, we develop the distinction and the parallel among the internal environments of the legal, political and economic systems: legal personality, public opinion and the market. Besides, there is a vision on the isomorphisms among the institutional structures of these systems and an analysis of their semantics – the reasoning discourses and decision-making practices. While the political decision should be responsible to the public opinion (to which it is connected through voting), the legal (and specially the judicial) decision is procedurally linked to rights, duties, powers and liabilities build as subjective attributes and guaranteed by the established law, which is the authoritative source for the motivation of sentences.

Keywords: Public sphere. Public and private. Legal personality. Law and economy. Law and politics.

* Trabalho publica com o apoio da FAPESP - Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo.

¹ Pós-doutor e Doutor em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela USP, com estágio doutoral sanduíche como Visiting Researcher na Harvard Law School e estágio pós-doutoral como Academic Visitor na University of Oxford (Centre for Socio-Legal Studies).



1 INTRODUÇÃO

Niklas Luhmann definiu as “esferas públicas” ou “ambientes internos” dos sistemas científico, econômico e político: trata-se das publicações, do mercado e da opinião pública, respectivamente. Deixou em aberto, porém, qual seria a esfera pública do direito. O objeto deste trabalho é conceituá-la comparativamente e analisar as implicações desse conceito para o entendimento da especificidade do sistema jurídico e de suas interfaces.

Por um lado, Marcelo Neves desenvolveu uma original sociologia do direito e da constituição de base sistêmica (luhmanniana); nela acabou por conceituar uma “esfera pública constitucional” que, sob influxo habermasiano, parece indistinta entre os sistemas político e jurídico, e entre o plano estrutural e o semântico. Em Neves, a esfera pública é um conjunto de valores, interesses, expectativas e discursos indiferenciados funcionalmente, amalgamados no “mundo da vida”, embora com pretensão de influenciar os procedimentos e decisões do Estado constitucional.

Por outro lado, na literatura tradicional de ciência política, o conceito de esfera pública tenderia a ser identificado ao de “sociedade civil”. O mais próximo disso em termos sistêmicos, porém, são os partidos políticos, movimentos sociais e grupos de interesse – organizações da periferia do sistema político, por contraposição a seu centro organizado: o Estado. Tanto o centro quanto a periferia, e seus respectivos programas e decisões, estão, porém, na esfera organizada. E o que queremos elucidar é seu contraconceito: a esfera pública ou ambiente interno.

A tese deste trabalho é de que a esfera pública do direito não se confunde com qualquer outra; é a personalidade jurídica, enquanto referente anônimo a um conjunto de direitos, deveres, poderes e responsabilidades que pode ser modelado e construir diferentes patrimônios jurídicos e sujeitos de direito – à semelhança da opinião pública, na política (e dos cidadãos), ou do mercado, na economia (e dos agentes econômicos).

O trabalho desenvolve este tema primeiro em uma perspectiva diacrônica, histórica, da evolução da distinção entre público e privado; a seguir, em uma retomada crítica da posição de Neves; em terceiro lugar, em uma leitura da posição de Luhmann e na defesa

de uma visão da especificidade da esfera pública ou ambiente interno do direito como o campo da personalidade jurídica, da atribuição de direitos, deveres, poderes e responsabilidades – distinto, portanto, da esfera pública política (opinião pública) ou econômica (mercado).

2 PÚBLICO E PRIVADO

Para construir formas no meio do sentido, precisamos distinguir. Indicar é distinguir. Conceitos são formas de dois lados – um valor e seu contravalor (SPENCER-BROWN, 1972 [1969], p. 1-7). Cada diferença biparte o universo. Não indica tudo, é certo. Apresenta um ponto cego. Daí que a autodescrição valha na medida em que apresente distinções úteis ao entendimento. Daí também que o que consideramos como contraparte de uma “esfera pública” seja variável historicamente, e logo seja mutável o conceito de “público”.

A autodescrição que tomamos como representativa da antiguidade ocidental é a democracia ateniense sob a liderança de Péricles e a teorização aristotélica da “comunidade política” – uma universalidade cujas partes são as unidades familiares, que vão se conglobando em ordens maiores de parentesco até formarem a cidade como totalidade social (LUHMANN, 2018 [1980], p. 30-7).

Embora Atenas (assim como Roma) apresente rudimentos de uma diferenciação funcional, com o desenvolvimento do comércio e a cobrança de tributos, temos que nesse contexto a distinção *público/privado* emerge em uma estrutura social estratificada na qual se dividem e se unem o *locus* da economia e o espaço da política. Nesse regime institucional de economia doméstica e democracia patriarcal, o princípio ordenador do espaço privado é o poder do chefe familiar em dirigir o trabalho escravo no âmbito doméstico – não há propriamente uma visão profissional (e, nesse sentido, pública) da atividade produtiva, da empresa. O sustento propiciado pelo domínio da riqueza concede tempo livre para participar da vida ativa, da deliberação sobre os problemas coletivos e as coisas comuns. A inclusão econômica é condição habilitante da inclusão política – e essa integração, ou indiferenciação, leva a um círculo restrito de cidadãos. Ao espaço doméstico da produção, estritamente privado, limitado à casa (*oikos*), contrapõe-se o auditório público, a rua, a praça (*ágora*), o local da assembleia (*ekklesia*) – mais precisamente, na

Atenas do século V a.C., a encosta da colina de Pnyx. Ali a comunidade *re-unida* decidia sobre a guerra e a paz (STARR, 2005 [1990], p. 57). Essa democracia direta, exercitada periódica e presencialmente, combinava-se com uma democracia aleatória – o sorteio para os cargos “executivos”, responsáveis pela gestão cotidiana da cidade.

Como nota Luhmann (2012 [1997], p. 197-8), dada a distinção institucional entre *oikos* e *polis* – apresentada em uma diferenciação urbanística, espacial, bastante concreta –, teria parecido paradoxal a ouvidos gregos a ideia de uma “economia política”. É, portanto, em um sentido bastante distinto que o privado e o público continuam a ser identificados na modernidade liberal com o econômico e o político.

De um lado, a diferenciação funcional e a multiplicação de papéis sociais para além de uma ordem rígida de estratos – determinados pelo nascimento e abarcantes de todos os privilégios e obrigações pessoais – irão tornar a atividade política permanente um obstáculo ao exercício da atividade mercantil. E o contraste de Constant (1988 [1819]) entre a liberdade ativa, republicana, dos antigos, de participar da vida política, e a liberdade negativa, dos modernos, de ter o Estado como garante de seus negócios, mas não como expropriador de sua riqueza, representará os clamores por uma (autor)restrição do sistema político – que levará à teorização do governo representativo e à profissionalização da política.

Um sistema econômico autorreferente é bem descrito como “uma diferenciação de mercados que servem como ambiente para as formações de organizações (empresas), que, com um olho em seu mercado, veem as outras como competidoras” (LUHMANN, 2013 [1997], p. 98). A coordenação da atividade econômica passa da observação direta dos trabalhadores por um mestre, em uma unidade doméstica ou fabril, para a observação de segunda ordem proporcionada pelo mercado – e, então, a função central do administrador passa a ser interpretar dados do mercado (LUHMANN, 2013 [1997], p. 79), que marcam as oscilações, encontros e desencontros entre demanda e oferta.

A economia plenamente diferenciada (LUHMANN, 2017 [1988]; BOLDYREV, 2013), distinguida do código moral (bom/ mau) e dos outros sistemas sociais e seus problemas (lícito/ ilícito, poder/ não poder ou governo/ oposição, verdade/ falsidade), surge portanto no ocidente basicamente no século XVIII, quando desenvolve um ambiente institucional

interno próprio (o mercado, que não mais se confunde com um lugar concreto, como uma feira medieval), por onde circula um meio simbólico generalizado e distinto (o dinheiro), que reflete avaliações de produtos e do próprio dinheiro a partir do problema fundamentalmente econômico da escassez. É a escassez a “fórmula de contingência”, o critério de variabilidade inerentemente econômico, mobilizado pela dinâmica da precificação. Essa dinâmica autorreferencial é que distingue uma economia de mercado – ao contrário de uma simples rotina de trocas e reciprocidade, observável em virtualmente toda sociedade na história. É apenas então que “[p]reços oferecem a possibilidade de observar como outros observam o mercado e se eles compram ou não a certo preço” (LUHMANN, 2012 [1997], p. 225). É aí que a ciência marca o surgimento de uma autodescrição especializada desse sistema parcial da sociedade, na forma da “economia política” clássica. Essa economia já “social” ou “política” – no sentido de pública, distinta portanto de uma mera conglomeração de organizações privadas (as empresas domésticas ou as corporações de ofícios) – crava também na semântica sua dependência, mas também independência, em relação ao sistema político. Eis o sentido histórico da economia política liberal e das discussões sobre as formas e os limites do protecionismo, da concorrência, das combinações dos poderes privados contra o interesse público. A filosofia política da época desenvolvia, afinal, a passagem de uma visão do Estado *como* sociedade civil (como na narrativa contratualista, por oposição ao estado de natureza) para uma contraposição *entre* o Estado (a política) e a sociedade civil (a economia).

É certo que a distinção entre público e privado decai contemporaneamente do seu estatuto de poder servir como fórmula para uma diferenciação/ identificação geral da sociedade. Ela é subcomplexa para descrever o estado das coisas. Em seu lugar, a forma mais abstrata *sistema/ ambiente* identifica e distingue uma sociedade mais complexa: a economia tem em seu ambiente a política, mas também a ciência, a religião, a educação, a saúde, a arte; a política diferencia-se da economia, da religião, da família etc. E, se analisarmos cada um desses sistemas, há um *mix* de público e privado: grupos de pressão da “iniciativa privada” e movimentos sociais (a dita “sociedade civil”) na arena “pública” da política representativa; na economia, empresas estatais e privadas (inclusive familiares) combinadas como uma ordem impessoal, “pública”, “anônima”, do mercado. Nem a

política se reduz ao Estado, nem a economia à empresa (privada). As formas e os critérios de combinação e transação entre esses lados é que passam a interessar, mas já não é verossímil cindir a sociedade por aquela contraposição simples do espaço público ao espaço privado.

3 ESFERA PÚBLICA

Neves (2008 [2002]) apresentou um modelo de Estado democrático de direito fundado em uma reinterpretação das teorias do discurso e dos sistemas. Faz crítica à pretensão consensualista do modelo habermasiano, optando pela visão luhmanniana da democracia lastreada em procedimentos. Adota então a tese de que tal Estado deve apresentar um dissenso contitudístico mediado por consenso procedimental (NEVES, 2008 [2002], p. 136-56). As variáveis empíricas desse modelo levam Neves (2008 [2002], p. 244-58) a entender que relações de “subcidadania” e “sobrecidadania” fundam uma interpretação e concretização do direito enviesadas, seja pelo legalismo, seja pela impunidade, em um contexto de corrupção generalizada do direito pelo poder, pelo dinheiro e pelas boas relações.

Afora outras críticas, que não interessam diretamente neste trabalho², vale centrar o foco na construção de seu conceito de “esfera pública” – no caso, “esfera pública constitucional”. Tendo apresentado coerentemente uma crítica à identificação do “público” com a distinção da antiguidade entre o público e o privado (NEVES, 2013 [2008], p. 106-8), o autor recai, porém, em uma concepção de esfera pública que não leva a sério a

² Essas críticas, ou alternativas explicativas, seriam: 1) Neves (2018 [1992], p. 132-9; 2007 [1992], p. 196-200; 2008 [2002], p. 248-54) cria os conceitos de “sub” e “sobrecidadania” para manter sua explicação nos limites de uma pureza ou primado da diferenciação funcional na sociedade moderna (inclusive “periférica”); na verdade, a contextura da sociedade não se resume à diferenciação funcional, mas inclui um entrecruzamento – variável regional e historicamente – entre critérios funcionais e outros de diferenciação social (segmentários, geográficos, hierárquicos) (AMATO, 2018a, p. 245-60); 2) Neves (2008 [2002], p. 196-213, 254-8) dá um passo importante ao deslocar a discussão da “eficácia” (técnica) das normas constitucionais para a “concretização”, mas a efetiva concretização do direito não é apenas uma operação de interpretação (principalmente pelo “centro” judicial) do direito, mas também de inovação institucional (sobretudo pela “periferia”) e mudança estrutural (AMATO, 2017b, p. 157-73); 3) a “corrupção” ou “desdiferenciação” sistêmicas exigiria analisar não apenas um sistema contra o outro – código contra código –, não se manifesta necessariamente na interpretação (ponto 2) e talvez não ocorra (sempre) no nível dos sistemas funcionais; o que ocorre neste nível é um grau maior ou menor de “integração” ou “desintegração” sistêmica, conforme as miscelâneas regionais de critérios de diferenciação (ponto 1); para observar corrupções estruturais seria necessário passar ao nível das estruturas internas de cada sistema (“instituições”), sobretudo de suas organizações.

diferenciação funcional, pois indica tal esfera como flutuante entre os sistemas político e jurídico (AMATO, 2017a, p. 174).

De fato, para Neves (2013 [2008], p. 122-3), “a esfera pública é uma área de tensão entre direito e política como sistemas funcionais acoplados estruturalmente pela constituição, por um lado, e os demais sistemas funcionais e o mundo da vida, por outro”. Seria ela “formada pelo conjunto de *valores, interesses, expectativas e discursos*” (destaques no original) emergentes tanto dos “diversos sistemas funcionais” quanto do “mundo da vida”, “operacionalizado mediante as inúmeras interações cotidianas não estruturadas sistêmico-funcionalmente nem sistêmico-organizacionalmente, e reproduzido por meio da linguagem natural não especializada” (idem, *ibidem*). Passa então a especificar (idem, *ibidem*): 1) valores, sejam “valores-preferência” (“relativos ao que um grupo ou indivíduo considera bom para a sua vida”), sejam “valores-identidade” (“autoevidências inquestionáveis pelos grupos e pessoas que o carregam”); 2) interesses, “estrutura da ação dirigida à relação eficiente entre meios e fins”; 3) expectativas de comportamento, como “modelos estruturais de conduta que *ego* (polo da vivência) constrói em relação a *alter* (polo da ação)”; 4) discursos, que “podem ser atribuídos a pessoas e grupos como seus portadores eventuais – desatrelam-se de programas ou critérios sistêmico-funcionais e dos modelos de interação cotidiana no mundo da vida”, apresentando-se como controvérsias sobre os “rumos dos procedimentos normativos e decisórios do Estado constitucional”. A evidente carga normativa deste conceito reafirma-se quando o autor propõe o que seria, no seu entendimento, uma “esfera pública” da economia: “por exemplo, um boicote ‘público’ a determinado produto ou empresa, não atribuível a um determinado sistema funcional ou organizacional, sem qualquer pretensão de influenciar procedimentos jurídicos ou decisões políticas do Estado constitucional” (NEVES, 2013 [2008], p. 125).

Entretanto, se para Luhmann a “esfera pública” aparece como uma instância interna de um sistema funcional (a política, mas também a economia, a ciência etc.), como um “espelho” pelo qual o sistema (re)constrói seu ambiente (por isso, um “ambiente interno”), para Habermas a esfera pública é um “cerco” de contenção da “colonização” do “mundo da vida” pela economia e pela burocracia política, e também uma “eclusa” que faz

ressoar a “ação comunicativa” em redes associativas, círculos literários e “sociedade civil”, contrapostos ao “poder burocrático” (para tal comparação, ver RIBEIRO, 2012).

A idealização do protesto e da crítica, a partir de uma hipóstase da “opinião pública” do início da modernidade como *locus* prioritário da democracia (HABERMAS, 1991 [1962]) – ora encarnado por juízes constitucionais, ora pelo poder constituinte do povo, dificilmente pelos cidadãos existentes, poderes constituídos e organizações rotineiras da democracia representativa³ – enaltece um “ideal de democracia deliberativa como mais aceitável quanto mais próximo em estilo a uma conversa educada entre cavalheiros em uma sala de estar do século dezoito” (UNGER, 1996, p. 73). Então

encontramos o centro fantasma “sociedade civil”, isto é, associações livres de indivíduos que podem falar sobre reclamações e melhorias. E isso é “práxis” como atividade autossatisfatória, enquanto a *poiesis* ou reprodução tem que ser feita pelos sistemas funcionais e suas organizações que causam todo o problema (LUHMANN, 1995, p. 183).

O liberalismo econômico observa o mercado como a estrutura natural da coordenação humana – aquela selecionada historicamente e que se regenerará sempre que artificialmente destruída – e vê na proteção do livre comércio a condição institucional necessária e suficiente para assegurar eficiência e prevenir a necessidade. O liberalismo político observa a opinião pública e indaga das condições institucionais necessárias para assegurar o dissenso político e evitar a violência. Em ambos os casos – para assegurar a liberdade no mercado e na opinião pública – é preciso contar com a esfera pública do direito. Em termos constitucionais, a filosofia política parece muitas vezes idealizar a “esfera pública” em contraste com o pano de fundo atual dos arranjos organizacionais da democracia de massas e partidos (BELLAMY, 2007, p. 11 e nota 28). O mesmo se diga para as apologias do “mercado” desprovidas de uma visão realista das organizações econômicas.

Por sua vez, se é certo que a “esfera pública” ou “ambiente interno” é estrutura interna dos sistemas funcionais que se contrapõe às organizações, enquanto sistemas decisórios (ou à “esfera organizada”), seria impróprio considerá-las “esferas espontâneas”, como quer Teubner (2012, p. 88-96). Essa nomenclatura faz ecoar um caráter naturalista

³ Ver a crítica de Vargas (2005) ao neorepublicanismo americano na teoria constitucional.

que não convém associar a uma estrutura institucional também historicamente contingente, conformável de maneiras diversas e perpassada por clivagens sociais⁴.

Em todo caso, a saída mais responsável é contar com um mapeamento mais detalhado e problematizante das *estruturas internas dos sistemas sociais*, o que descrevo como instituições (LUHMANN, 2010 [1965], p. 86). Veremos então que as instituições dos sistemas funcionais repartem-se entre uma esfera pública e uma esfera organizada, além de acoplamentos estruturais e mecanismos de triangulação que vinculam aquelas esferas.

4 ESFERA ORGANIZADA E ESFERA PÚBLICA (OU AMBIENTE INTERNO)

O esquema a seguir corresponde ao que o próprio Luhmann⁵ identifica como acoplamentos estruturais, esfera pública, centro e periferia dos sistemas funcionais; no caso, dos sistemas jurídico, político e econômico. Centro e periferia compõem a “esfera organizada”. Incluo no esquema o que considero ser a esfera pública ou ambiente interno do direito (a “personalidade jurídica”) e o que chamo de “mecanismos de triangulação” (entre esfera pública, periferia e centro organizados).

⁴ Para uma crítica à noção de “ordem espontânea” em Hayek, a partir de Luhmann, ver Vilaça (2010).

⁵ Sobre o centro e a periferia dos sistemas político, jurídico e econômico, ver Luhmann, 2004 [1993], cap. 7; 1993 [1991], pp. 180-4; 2009 [1998], pp. 272-9. Sobre os acoplamentos estruturais entre política, economia, direito, ciência e educação, ver Luhmann, 2013 [1997], pp. 108-15; 2009 [1998], cap. 10; 2004 [1993], cap. 10. Sobre as esferas públicas dos sistemas econômico, político e científico, ver Luhmann, 2017 [1988], cap. 3; 2009 [1998], cap. 8; 2013 [1997], p. 102; 2014 [2010], p. 350-61. O conceito de esfera pública como ambiente interno do sistema é devido a uma sugestão de Dirk Baecker, como reconhece Luhmann (2000 [1996], p. 104). A diferença entre esfera pública e esfera organizada dos sistemas funcionais é enfatizada por Teubner (2012, pp. 88-96).

Quadro 1 – Direito, política e economia: centro e periferia, esfera pública e acoplamentos estruturais dos sistemas

		Política	Direito	Economia
Esfera organizada	Centro	Poderes políticos (Executivo e Legislativo)	Tribunais	Bancos
	Periferia	Partidos, grupos e movimentos	Poderes Políticos Advocacia Ministério Público	Produção Comércio Consumo
Esfera pública ou ambiente interno		Opinião pública	Personalidade jurídica	Mercado
Acoplamentos estruturais		Constituição (direito); eleições, política econômica, tributação (economia)	Constituição (com política); contrato e propriedade (com economia)	Eleições, política econômica, tributação (com política); contrato e propriedade (com direito)
Mecanismos de triangulação		Voto	Ação judicial	Crédito e dívida; poupança e investimento

Fonte: elaboração do autor

Na esfera organizada dos sistemas funcionais, centro e periferia são compostos por organizações (sistemas de decisão) e seus respectivos programas (decisórios): os poderes políticos e a legislação; tribunais e sentenças; bancos (ou o sistema financeiro em geral) e programas de investimento. Não há uma relação hierárquica entre centro e periferia internos a um sistema funcional, mas uma distinção quanto a filtragem e compulsão decisória. Toda organização pode ultrapassar as fronteiras de seu sistema funcional (mantendo-se nas fronteiras de seu sistema organizacional, pela distinção entre membros e não membros), mas as organizações e programas periféricos são mais abertos ao ambiente, aos demais sistemas. São interfaces. Já as organizações centrais tratam de operacionalizar as decisões cruciais do sistema funcional: no direito, o código é lícito ou ilícito e a decisão em última instância sobre a alocação desse código é dada aos tribunais. Não cabe questionar se é lícito ou ilícito ao judiciário decidir sobre o lícito e o ilícito. Sua autoridade – um consenso *a priori* e universal de terceiros – é presumida. Da mesma forma, é no Estado que se decide sobre a alocação do poder político, em termos de governo e oposição. O Estado tem poder para decidir sobre o poder e o não poder. E os

bancos cuidam de ter (dinheiro) para decidir sobre o ter e o não ter – por isso ganham de seus credores e de seus tomadores.

Se o centro trata primacialmente do fechamento operacional, da consistência do sistema (em termos de consistência jurídica, disponibilidade monetária ou legitimação do poder), a periferia cuida sobretudo da abertura cognitiva: partidos, movimentos sociais e grupos de interesse tratam de captar “pautas” do ambiente político, traduzidas em termos da opinião pública; empresas e famílias tratam de demandar e ofertar bens (transformação de recursos do ambiente natural) e serviços (do ambiente social – educação, saúde, direito), registrando suas forças no mercado em termos de preços; advocacia e outras funções parajudiciais tratam de traduzir em demandas jurídicas, nos termos da personalidade jurídica (de reivindicações de direitos ou deveres, de poder ou de responsabilidade), problemas emergentes da política, da economia, da saúde, da educação, da família, da arte, ou do próprio direito.

Não há que se idealizar, portanto, algo como a “sociedade civil”; é ela a periferia, especialmente do sistema político; o centro tem especificidades estruturais associadas à sua obrigação de decidir: de tomar decisões coletivamente vinculantes (na política), de decidir casos concretos reiterando e consolidando expectativas normativas generalizadas (no direito), de decidir sobre crédito e débito, garantindo a solvência futura (na economia).

Todo problema que deva ser processado e solucionado pela economia precisa ser refletido no jogo de espelhos do mercado – precificado, traduzido em termos monetários. Só assim o ambiente da economia (a natureza, a política, o direito, a arte, a educação, a religião) interessa ao sistema econômico e passa a ser uma questão de ter ou não ter. Todo problema só pode interessar à política quando refletido como tema da opinião pública. E igualmente qualquer questão política, familiar, religiosa, econômica ou sanitária só vai se tornar jurídica estiver posto em circulação o direito válido, quando a questão for construída em termos de reivindicações (segundo tal ordem jurídica) de direitos ou obrigações, de pretensões de reconhecimento do exercício de um poder ou de imposição de uma sanção decorrente de uma responsabilidade. Eis o que se pode designar como “personalidade jurídica”, a esfera pública ou ambiente interno do sistema jurídico (AMATO, 2017b, p. 203-16).

Em termos antropomórficos, o mercado é “onde” os agentes econômicos se observam mutuamente, compradores encontram vendedores, a oferta e a demanda se cruzam. A opinião pública é o plano da observação dos observadores políticos: cidadãos, representantes e representados, eleitos e eleitores, candidatos e eleitores. E a personalidade jurídica é onde autores observam réus, “onde” cada “pessoa” (enquanto referência comunicativa individual ou coletiva) é observada não enquanto agente econômico ou cidadão, mas enquanto sujeito de direito, titular de direitos subjetivos ou deveres, sujeito a responsabilidade, detentor de uma competência, exercente de um poder.

Este entendimento tem implicações, por exemplo, para a análise da constituição enquanto acoplamento estrutural entre direito e política. Pensemos no seguinte ciclo: as irritações do ambiente do sistema político (ambiente econômico, natural, científico, sanitário, religioso etc.) refletem-se no espelho da opinião pública, assim como a autoirritação da política (avaliações sobre a eficiência/ ineficiência das políticas públicas, sobre os políticos, sobre as ideologias etc.). A partir dessa tradução em comunicação política, são processadas pelas organizações periféricas do sistema político: programas de governo formulados por partidos, pautas de movimentos sociais, reivindicações de grupos de pressão. Essas comunicações só tomam a forma de decisões coletivamente vinculantes se chegam ao centro decisório do sistema: o Estado – particularmente, os poderes políticos. Esses poderes estão, ao mesmo tempo, na periferia do direito.

De um lado, enfrentam os direitos, deveres, poderes e responsabilidades já garantidos – e tudo o que interesse ao sistema jurídico precisa ser traduzido nesses termos. De outro lado, os programas políticos (como leis e atos administrativos), assim como contratos privados, precisam ser controlados em sua consistência com o ordenamento atual pelo centro decisório do sistema jurídico: o judiciário.

Assim como opinião pública, “sociedade civil” (a periferia política) e Estado ligam-se por procedimentos de *voto* (eleições, plebiscitos, referendos), personalidade jurídica, periferia do direito (poderes políticos e funções essenciais à Justiça) e tribunais vinculam-se por procedimentos judiciais, *ações*, controladas pela interpretação/aplicação do direito válido e pela argumentação jurídica. Desse modo, juízes estão vinculados a direitos e

deveres, poderes e responsabilidades; não à opinião pública (ou ao mercado). Mesmo procedimentos de audiências públicas nos tribunais e *amici curiae* são formas de heterorreferência reduzida, nos limites de fato e de direito das ações (ainda que no controle abstrato de constitucionalidade), não se confundindo com o universalismo da representação política, com seus ritos e exigências.

Obviamente incluem-se na esfera pública do sistema jurídico direitos (e deveres, responsabilidades ou poderes) públicos ou privados, não apenas direitos constitucionais. Daí que não seja de todo preciso conceituar o ambiente interno do direito como “o espaço por onde circula o direito válido, afirmam-se direitos subjetivos, são reconhecidos direitos da cidadania, humanos ou fundamentais e assegurado o acesso à justiça” (CAMPILONGO, 2012 [2011], p. 115-6).

Direitos privados desenham sobretudo um vínculo entre mercado e personalidade jurídica, como atestam os acoplamentos estruturais entre direito e economia: propriedade e contrato. Já direitos fundamentais vinculam as esferas públicas do direito (personalidade jurídica) e da política (opinião pública). Há diversas formas institucionais dessa vinculação e diferenciação. Por exemplo, direitos políticos e liberdades públicas são uma prestação do sistema jurídico (construída na forma de direitos subjetivos, ou seja, do ambiente interno do direito) ao sistema político, habilitando a formação da opinião pública. No sistema político, a construção das opiniões, a institucionalização do voto e a escolha dos representantes, por sua vez, é observada como meio eficaz à legitimação de um poder (estatal) capaz de operacionalizar políticas públicas que concretizem os direitos positivados, circulantes no ambiente interno do direito.

Embora em uma posição ambígua – entre política e direito – quando acumulam as funções de instância suprema do judiciário e arena de controle judicial de constitucionalidade (GUERRA FILHO, 2018), as supremas cortes ou cortes constitucionais puras também não de ser cobradas pela autorreferência à esfera pública do direito – à guarda e garantia dos direitos fundamentais e da interdependência dos poderes –, ao contrário dos representantes eleitos, naturalmente dependentes da opinião pública.

Logo, as organizações, vale frisar, também têm uma estrutura interna e criam seu próprio ambiente interno (BAECKER, 2006): definem e revisam políticas internas e

estratégias externas para adaptar-se ao mercado, à opinião pública ou aos direitos invocados, ou neles intervir, remodelando preços, temas de debate e direitos assegurados. Por meio de seus procedimentos decisórios, as organizações constroem suas comunicações e modelam seus endereços: as pessoas e, sobretudo, os papéis sociais que elas ocupam em relação àquelas comunicações. Com isso, a inclusão de alguém em um sistema organizacional – e, por conseguinte, nos sistemas funcionais de referência desta organização – não apenas se distingue pelo código membro/ não membro, mas também pelas programações desse código. Como “membro” ou “público”, a pessoa é um endereço de comunicação em certo papel específico. Essas modalidades de inclusão diferenciadas (BORA, 2019) abrangem, por exemplo, a posição de participante de uma deliberação ou consulta pública, ou de legitimado a agir em uma causa, ou de amigo da corte em certo procedimento judicial.

As organizações conectam-se, então, de um lado, com os sistemas funcionais – especificando de que forma cada um participa desses sistemas (*e.g.* se todos estão potencialmente incluídos nas esferas públicas, em que posição e papel alguém em específico se encontra e que decisões pode tomar). Por exemplo, a organização estatal, por essa dinâmica, pode disparar processos de inclusão nos demais sistemas (DUTRA, 2016), ao inserir amplamente os cidadãos nos serviços e políticas públicas (econômicas, educacionais, científicas, sanitárias). De outro lado, porém, organizações conectam-se a interações: por exemplo, observemos as políticas públicas planejadas centralizadamente pela burocracia estatal, em um modelo de comando e controle, e implementadas por funcionários públicos “de rua”, *i.e.* em contato direto com os beneficiários das políticas (DUTRA, 2020). No curso de uma longa cadeia de implementação, a política estruturada centralmente perde eficácia quanto à provisão dos meios (poder, dinheiro, direito), códigos (poder/ não poder, ter/ não ter, lícito/ ilícito) e programas (políticas, investimentos, regulamentos); a ponta final abre-se a improvisações *ad hoc*, que não retornam ao centro de comando para reestruturar a intervenção. Distencionada, a longa cadeia de implementação torna-se mais porosa a particularismos e ineficiências, reproduzindo arbitrariamente inclusões e exclusões, privilégios e desassistências.

Finalmente, às diferenças institucionais corresponde uma diferença semântica⁶. As decisões sobre crédito/ dívida e poupança/ investimento são tomadas a partir de uma auto-observação do sistema econômico na forma da precificação influenciada sobretudo por grandes investidores, consideradas expectativas de rentabilidade. Na política, a dinâmica decisória é dada pelo voto. No centro judicial do direito, a decisão também pode ser tomada por “placar”, mas a motivação da sentença integra sua autoridade – podendo ser contestada em instâncias superiores e criticada por sua (in)consistência com precedentes ou (in)capacidade de estabilizar jurisprudência (AMATO, 2018b, p. 166). Da periferia do direito – em interface com a política (voto) e a economia (preço), entre outros sistemas – não se cobra essa estabilidade decisória e coerência argumentativa. Pelo contrário: aqui está a arena para inovar o direito, e mesmo mudanças claras de jurisprudência (*overruling*) só se sustentam se amparadas pela periferia jurídica e talvez mesmo pela periferia política – não sobrevivem como posição isolada do centro judicial (AMATO, 2018b, p. 145).

5 CONCLUSÃO

Vimos que discernir a especificidade dos ambientes internos e das demais instituições – estruturas internas aos sistemas – permite considerar as diferenças entre as práticas decisórias operacionalizadas pelas organizações primordialmente vinculadas a determinado sistema funcional.

A decisão econômica – de empresas, bancos e outras organizações (analogamente, também as famílias) – guarda sintonia com as expectativas de rentabilidade observadas segundo as informações geradas pelo mercado. É pela precificação que se registram as irritações do ambiente (natural, político, jurídico etc.) e se auto-observa a capacidade da

⁶ Pode-se falar de estruturas institucionais e semânticas. Nesse caso, “estrutura” se opõe a “evento” – denotando o que é permanente. Ou se pode contrapor “estrutura” ou a “semântica”. No que nos interessa, semântica, que é o repertório de usos, conceitos, distinções, diz respeito sobretudo às formas de programação decisória dos sistemas. E estrutura pode ser (1) a forma de diferenciação social (a “macroestrutura”), (2) as expectativas cognitivas ou normativas (“microestruturas”, definidas em contraponto à comunicação como um evento fugaz), ou (3) as estruturas internas dos sistemas (esse nível intermediário a que venho chamando de “instituições”). Holmes (2018) observa que a diferença entre estrutura e semântica em Luhmann não deve ser equacionada nem à historiografia conceitual de Koselleck nem à distinção marxista entre base e superestrutura. Estrutura (institucional, digo) e semântica são ambas construções comunicativas internas aos sistemas sociais, não repousando em uma realidade exterior (embora a possam pressupor).

economia de dar respostas consistentes e sustentáveis segundo a disponibilidade e as alocações de recursos escassos. O vínculo entre organizações e mercado é dado pelas operações de poupança/ investimento ou crédito/ dívida.

O procedimento eleitoral permite uma decisão de segunda ordem – decidir quem vai decidir, escolher representantes e observá-los no espelho da opinião pública, que reflete as demandas dos demais sistemas (economia, saúde, educação etc.), mas também a auto-avaliação do desempenho do sistema político, a mensuração da legitimidade.

Já o direito constrói uma esfera pública própria ao remeter o processo decisório das organizações jurídicas (em alguma medida centripetamente orientado ao centro do sistema – o judiciário) à atribuição, a sujeitos individuais (pessoas) ou coletivos (organizações), de direitos, deveres, poderes (de criar direito) ou responsabilidades (pelo descumprimento dos deveres). Aí circula o direito válido e da decisão jurídica se espera então algum grau de “formalismo”, sendo limitada a capacidade de heterorreferência (a consequências, valores ou contextos), pois a operação de argumentação jurídica desenrola-se tipicamente nos limites dos ritos, prazos e formalidades processuais. Mesmo a constituição, ou o contrato e a propriedade, ao vincularem o direito a outro sistema (como acoplamentos estruturais), não descaracterizam o fechamento operacional do sistema jurídico; pelo contrário, pressupõem-no para que possam contar com suas prestações, com a especificidade do serviço que só o direito pode fornecer.



REFERÊNCIAS

AMATO, Lucas Fucci. Luhmann e Mangabeira Unger: da crítica social ao construtivismo jurídico. *In*: AMATO, Lucas Fucci; BARROS, Marco Antonio Loschiavo Leme de (org.). **Teoria crítica dos sistemas?** Crítica, teoria social e direito. Porto Alegre: Fi, 2018a. p. 243-277.

AMATO, Lucas Fucci. **Inovações constitucionais:** direitos e poderes. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2018b.

AMATO, Lucas Fucci. Três matrizes de sociologia da constituição: dos clássicos aos contemporâneos. **Revista Direito Mackenzie**, v. 11, n. 2, p. 156-186, 2017a.

AMATO, Lucas Fucci. **Construtivismo jurídico:** teoria no direito. Curitiba: Juruá, 2017b.

- BAECKER, Dirk. The form of the firm. **Organization**, v. 13, n. 1, p. 109-142, 2006.
- BELLAMY, Richard. **Political constitutionalism: a republican defense of the constitutionality of democracy**. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.
- BOLDYREV, Ivan A. Economy as a social system: Niklas Luhmann's contribution and its significance for economics. **American Journal of Economics and Sociology**, v. 72, n. 2, p. 265-292.
- BORA, Alfons. "Quem participa?" Reflexões sobre teoria da inclusão. Tradução de Edvaldo Moita. **Revista Brasileira de Sociologia do Direito**, v. 6, n. 3, p. 3-29, 2019.
- CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Interpretação do direito e movimentos sociais: hermenêutica do sistema jurídico e da sociedade**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012 [2011].
- CONSTANT, Benjamin. The liberty of the ancients compared with that of the moderns. *In*: CONSTANT, Benjamin. **Political writings**. Tradução e edição de Biancamaria Fontana. Cambridge: Cambridge University Press, 1988 [1819]. p. 307-328.
- DUTRA, Roberto. Sistema político-administrativo e interações na implementação de políticas públicas. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, v. 35, n. 102, p. 1-21, 2020.
- DUTRA, Roberto. Diferenciação funcional e a sociologia da modernidade brasileira. **Política & Sociedade**, v. 15, n. 34, p. 77-109, 2016.
- FULLER, Lon Luvois. The role of contract in the ordering processes of society generally. *In*: WINSTON, Kenneth I. (ed.). **The principles of social order: selected essays of Lon L. Fuller**. Oxford: Hart, 2001 [1972]. p. 187-205.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. Sobre a migração das cortes constitucionais do sistema jurídico para o sistema político. *In*: CONGRESSO INTERNACIONAL DA ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE PESQUISADORES EM SOCIOLOGIA DO DIREITO (ABraSD), 9., 2018, São Paulo. **Sociedades pós-constitucionais: a sociologia do direito após 30 anos de Constituição cidadã**. São Paulo: USP; ABraSD, 2018.
- HABERMAS, Jürgen. **The structural transformation of the public sphere: an inquiry into a category of bourgeois society**. Tradução de Thomas Burger e Frederick Lawrence. Cambridge, MA: MIT Press, 1991 [1962].
- HOLMES, Pablo. A teoria dos sistemas como semântica "crítica": materialismo pós-estruturalista como método para uma teoria reflexiva da sociedade. *In*: AMATO, Lucas Fucci; BARROS, Marco Loschiavo Leme de (org.). **Teoria crítica dos sistemas? Crítica, teoria social e direito**. Porto Alegre: Fi, 2018. p. 101-137.
- LUHMANN, Niklas. Como é possível a ordem social? Tradução de Patrícia da Silva Santos. *In*: LUHMANN, Niklas. **Teoria dos sistemas na prática**. Petrópolis: Vozes, 2018 [1980]. p. 17-89.
- LUHMANN, Niklas. **La economía de la sociedad**. Tradução de Aldo Mascareño. México: Herder, 2017 [1988].
- LUHMANN, Niklas. **Sociología política**. Edição de André Kieserling. Tradução de Iván Ortega Rodríguez. Madrid: Trotta, 2014 [2010].

- LUHMANN, Niklas. **Theory of society II**. Tradução de Rhodes Barrett. Stanford: Stanford University Press, 2013 [1997].
- LUHMANN, Niklas. **Theory of society I**. Tradução de Rhodes Barrett. Stanford: Stanford University Press, 2012 [1997].
- LUHMANN, Niklas. **Los derechos fundamentales como institución: aportación a la sociología política**. Tradução de Javier Torres Nafarrate. México: Universidad Iberoamericana, 2010 [1965].
- LUHMANN, Niklas. **La política como sistema**. Organização e tradução de Javier Torres Nafarrate. México: Universidad Iberoamericana, 2009 [1998].
- LUHMANN, Niklas. **Law as a social system**. Tradução de Klaus A. Ziegert. Oxford: Oxford University Press, 2004 [1993].
- LUHMANN, Niklas. **The reality of the mass media**. Tradução de Kathleen Cross. Stanford: Stanford University Press, 2000 [1996].
- LUHMANN, Niklas. Why does society describe itself as postmodern? **Cultural Critique**, Saint Paul, vol. 30, p. 171-186, 1995.
- LUHMANN, Niklas. **Risk: a sociological theory**. Berlin: Gruyter, 1993 [1991].
- NEVES, Marcelo. **Constituição e direito na modernidade periférica: uma abordagem teórica e uma interpretação do caso brasileiro**. Tradução de Antônio Luz Costa. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2018 [1992].
- NEVES, Marcelo. **A constituição e a esfera pública: entre diferenciação sistêmica, inclusão e reconhecimento**. In: DUTRA, Roberto; BACHUR, João Paulo (org.). Dossiê Luhmann. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2013 [2008]. p. 105-147.
- NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: o Estado democrático de direito a partir e além de Luhmann e Habermas**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008 [2000].
- NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007 [1992].
- RIBEIRO, Pedro Henrique Gonçalves de Oliveira. **Entre eclusas e espelhos: a esfera pública vista a partir de uma leitura crítica de Niklas Luhmann e de debates contemporâneos**. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo.
- SPENCER-BROWN, George. **Laws of form**. New York: Julian, 1972 [1969].
- STARR, Chester G. **O nascimento da democracia ateniense: a assembleia no século V a.C.** Tradução de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Odisseus, 2005 [1990].
- TEUBNER, Gunther. **Constitutional fragments: societal constitutionalism and globalization**. Tradução de Gareth Norbury. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- UNGER, Roberto Mangabeira. **What should legal analysis become?** London: Verso, 1996.

VARGAS, Daniel Barcelos. **O renascimento republicano no constitucionalismo contemporâneo e os limites da comunidade**: uma análise das teorias constitucionais de Bruce Ackerman, Frank Michelman e Cass Sunstein. 2005. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília.

VILAÇA, Guilherme Vasconcelos. From Hayek's spontaneous orders to Luhmann's autopoietic systems. **Studies in Emergent Order**, v. 3, p. 50-81, 2010.

AMATO, Lucas Fucci. Personalidade jurídica, mercado e opinião pública: uma visão sistêmico-institucional. **RBSD – Revista Brasileira de Sociologia do Direito**, v. 7, n. 2, p. 78-96, maio/ago. 2020.

Recebido em: 02/11/2019

Aprovado em: 12/02/2020