

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS
CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
NÍVEL DOUTORADO

Janriê Rodrigues Reck

**OBSERVAÇÃO PRAGMÁTICO-SISTÊMICA DO CONCEITO DE
SERVIÇO PÚBLICO**

São Leopoldo
2009

Janriê Rodrigues Reck

**OBSERVAÇÃO PRAGMÁTICO-SISTÊMICA DO CONCEITO DE
SERVIÇO PÚBLICO**

Tese apresentada ao
Programa de Pós-
Graduação em Direito
da Área de Ciências
Jurídicas da
Universidade do Vale
do Rio dos Sinos, para
obtenção do título de
Doutor em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Leonel Severo Rocha.

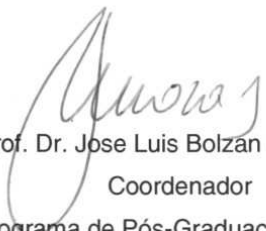
São Leopoldo

2009

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD
NÍVEL DOUTORADO

A tese intitulada “**Observação Pragmático-Sistêmica do Conceito de Serviço Público**”, elaborada pelo aluno **Janriê Rodrigues Reck**, foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de **DOUTORA EM DIREITO**.

São Leopoldo, 29 de abril de 2009.


Prof. Dr. Jose Luis Bolzan de Moraes,
Coordenador
do Programa de Pós-Graduação em Direito.

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

Presidente: Dr. Leonel Severo Rocha 
Membro: Dr. Giancarlo Corsi 
Membro: Dr. Menelick de Carvalho Netto 
Membro: Dr. Vicente de Paulo Barretto 
Membro: Dra. Sandra Regina Martini Vial 

Agradecimentos

Agradeço a todos os mestres, terrenos ou não, que me inspiraram. A quem me motivou a fazer um agradecimento pela primeira vez. Aos dons. Às pessoas especiais que agüentaram e ajudaram um doutorando. Agradeço à esperança, à beleza, à razão, ao desejo e à crença de que o conhecimento é possível, e de que o Direito tem alguma função.

Agradeço a meu orientador, professor Leonel Severo Rocha, orientador desde muito antes do doutorado.

Agradeço, finalmente, a minha bicicleta: sem ela, não teria saúde para chegar até aqui.

“ Vocês podem se lembrar a história de como o diabo e um amigo seu estavam caminhando na rua, quando viram que, em frente deles, um homem parou, pegou algo do chão e colocou em seu bolso. O amigo perguntou ao diabo: O que o homem pegou no chão “Ele pegou um pedaço de verdade, disse o diabo. Então é uma má notícia para você, o amigo falou ao diabo. Ah não, o diabo respondeu: Eu vou ajudá-lo a organizar os pedaços”.

(Jiddu Krishnamurti, em 1929.)

RESUMO

Esta tese envolve uma investigação pragmático-sistêmica sobre o conceito de serviço público. Trata-se, portanto, de uma observação específica do serviço público, ou seja, o seu conceito. O problema, portanto, é como o Direito responde à pergunta “o que é serviço público”. O problema acima será abordado a partir da matriz pragmático-sistêmica. A hipótese é investigar como o conceito de serviço público levará (ou não) à distinção serviço público/não serviço público. O conceito de serviço público será abordado a partir de suas funções, e esta é uma outra hipótese dessa tese – a de que o funcionalismo é adequado para a observação sociológica de categorias dogmáticas do Direito. O caminho, tortuoso, labiríntico e recursivo, é feito com a ajuda de sete funções atribuídas ao conceito de serviço público (e, conseqüentemente, ao próprio serviço público), a saber: função de distinguir, de oscilar, de selecionar, de estabilizar, de indicar símbolos, de acoplar e de deflagrar. A matriz teórica será a pragmáticasistêmica, envolvendo, principalmente, as obras de Luhmann como observação sociológica do Direito a partir das distinções e sistemas. Tentou-se, por outro lado, elaborar possibilidades de reentrada no sistema do Direito em forma de crítica ou autodescrições a partir de Jürgen Habermas e sua teoria da ação comunicativa.

Palavras-chave: serviço público – conceito – matriz pragmático-sistêmica – Niklas Luhmann – Jürgen Habermas.

ABSTRACT

This thesis involves a pragmatic-systemic research on the concept of public service. It is therefore a particular point of public service, its concept. The problem that drives this, thus, is how the legal system responds to the question "what is public service". The above problem is observed from pragmatic-systemic perspective. The hypothesis of the study is that the investigation of the concept of public service will lead to distinguish public service / non-public service. The concept of public service will be approached from his functions, and this is another hypothesis - that the functionalism is suitable for the sociological observation of dogmatic categories of the legal system. The path is winding, labyrinth and recursive, and is done with the help of seven functions assigned to the concept of public service (and, consequently, the public service itself), namely to distinguish function of differentiate, to select, to stabilize, of state symbols, and to couple outbreak. The matrix theory is the pragmatic-systemic, involving mainly the works of Luhmann as sociological observation of legal systems from the distinctions and systems, on the other hand, tried to develop opportunities for reentry into the system in the form of criticism or auto- descriptions from Jürgen Habermas and his theory of communicative action.

Key Words: public service – concept – pragmatic-systemic model – Niklas Luhmann – Jürgen Habermas.

Zusammenfassung

Diese Arbeit untersucht pragmatisch-systemisch den Begriff des „öffentlichen Dienstes.“ Dabei wird jedoch nur ein bestimmter Aspekt des öffentlichen Dienstes behandelt: das Konzept. Im Kern dieser Arbeit geht es darum, welche Antwort das Gesetz auf die Frage „Was ist öffentlichen Dienst?“ gibt. Des Weiteren befasst sich diese Arbeit mit der oben angegebenen Frage, ob eine pragmatisch-systemische Matrix festzustellen ist. Die Studie untersucht die Hypothese, wie der Begriff des „öffentlichen Dienstes“ zur Unterscheidung von öffentlichem und nicht öffentlichem Dienst führt. Der öffentliche Dienst wird hier von seinen Aufgaben her betrachtet, was zu einer weiteren Hypothese in der These führt: dass sich der öffentliche Dienst für eine soziologische Beobachtung der dogmatischen Kategorien von Recht eignet. An diesen schwierigen, aber dennoch möglichen Weg wird mit Hilfe von sieben Funktionen herangegangen, die dem Begriff des öffentlichen Dienstes (und damit auch des öffentlichen Dienstes selbst) zugeordnet werden: unterscheiden, schwanken, auswählen, stabilisieren, auf Symbole hinweisen, ankoppeln und ausbrechen. Die theoretische Matrix ist eine pragmatisch-systemische, wie sie in den Arbeiten von Luhmann als soziologische Betrachtung des Rechts über Unterscheidungen und Systeme dargestellt ist. Auf der anderen Seite wurden Möglichkeiten geschaffen für den Wiedereinstieg in das System in Form von Kritik oder Selbstbeschreibung aus Jürgen Habermas und seine Theorie des kommunikativen Handelns.

Schlüsselwörter: öffentlichen dienst – konzept - matrix pragmatische systemische – Niklas Luhmann – Jürgen Habermas.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
1 FUNÇÃO DE REDUÇÃO E DIFERENCIAÇÃO: como o conceito de serviço público diferencia.....	25
1.1 Categorias introdutórias.....	25
1.2 Da distinção ao conceito (jurídico).....	40
2 FUNÇÃO DE OSCILAÇÃO/VARIAÇÃO: como o conceito de serviço público traz variação ao sistema.....	71
2.1 Um dos lados do código do Direito.....	74
2.2 As distinções fundamentais do conceito de serviço público.....	79
3 FUNÇÃO DE SELEÇÃO: como ocorrem as seleções das distinções do conceito de serviço público.....	118
3.1 Redundância na seleção do conceito de serviço público.....	120
3.2 Autodescrição da argumentação jurídica.....	135
4 FUNÇÃO DE (RE)ESTABILIZAÇÃO E MEMÓRIA: de como o conceito de serviço público serve de memória ao sistema.....	180
4.1 Memória e conceito.....	181
4.2 Distinções possíveis do conceito.....	187
5 FUNÇÃO SIMBÓLICA: de como o conceito de serviço público serve de ligação aos símbolos do sistema.....	214
5.1 Validez do Direito.....	216
5.2 Igualdade no Direito.....	223
6 FUNÇÃO DE ACOPLAMENTO: de como o conceito de serviço público serve de acoplamento entre os sistemas.....	237
6.1 Serviço público e poder.....	238
6.2 Serviço público como acoplamento entre Direito e Política.....	255
7 FUNÇÃO <i>SCRIPT</i> : de como o conceito de serviço público serve para iniciar o <i>script</i>	275
7.1 Programas do Direito e suas relações com o conceito de serviço público.....	276
7.2 Scripts do Direito.....	281
CONCLUSÃO.....	299
REFERÊNCIAS.....	311

INTRODUÇÃO

Trata-se de uma tese acerca do conceito de serviço público – não sobre o serviço público. De fato, as distinções aqui tratadas envolvem uma observação específica sobre a forma como o serviço público é designado, isso é, através do conceito de serviço público. Claro que uma reflexão sobre outras nuances do serviço público é necessária para o deslinde do trabalho, mas iniciou-se com essa observação preliminar para se entender o porquê de esta ser uma abordagem “teórica” sobre o conceito de serviço público, e não dogmática.

Como será visso mais adiante, trata-se de uma análise eminentemente focada na sociologia, buscando um serviço público “da sociedade”, o que implica a adoção de uma metodologia de trabalho onde a análise do conceito de serviço público não estará dogmaticamente ligada a um ordenamento jurídico específico (em se utilizando a distinção ordenamento nacional/alienígena). As referências a esse ou àquele programa de um dado ordenamento - no caso, do Brasil - não melindram o caráter sociológico desse trabalho, mas servem de ilustração para o problema. A abordagem sociológica, desse modo, implica a renúncia em se estabelecer recomendações de por que esse ou aquele conceito de serviço público é melhor, bem como análises muito detalhadas sobre as nuances do ordenamento brasileiro. esse trabalho tem, contudo, uma modesta pretensão de reentrada na forma de crítica do Direito.

O tema e o problema, portanto, são a análise da conceituação e da definição de uma comunicação em específico, ou seja, o serviço público. Mais precisamente, refletem-se sobre as funções que essas práticas cumprem, bem como sobre a maneira pela qual operam no sistema jurídico.

Falar-se em uma teoria de algo, mesmo que de um tópico específico, atrai as exigentes condições epistemológicas pós-metafísicas da contemporaneidade.

Implica que se perceba a historicidade do fenômeno, as possíveis relações com outras questões conexas, bem como a utilização (ou tentativa de) de compreensões e descrições transdisciplinares. Tal teoria insere-se em um peculiar contexto contemporâneo de desacordo com relação à metodologia e ao desprestígio ao positivismo (veladamente ainda aceito).

Esta tarefa será facilitada por uma escolha que se revelou acertada e que se configura em uma das interrogações principais: a obra de Niklas Luhmann. A matriz teórica utilizada é a teoria dos sistemas sociais, de Niklas Luhmann, muito embora ela seja ponte para reflexões próprias que reentram na própria teoria. Utilizar-se de uma matriz teórica sistêmica significa procurar pelas distinções relevantes utilizadas por um sistema. Significa interrogar-se pelas questões prévias, não percebidas pelas teorias tradicionais, bem como pelas distinções e paradoxos velados. As distinções relevantes remontam-se aos enlaces com as funções que o conceito de serviço público cumpre. Luhmann será a matriz teórica geral epistemológica e, ao mesmo tempo, de observação do sistema jurídico. nesse andar, essa fonte é também problema: em que medida é possível se utilizar o ferramental teórico pragmático-sistêmico para analisar o conceito de serviço público? Essas construções serão acrescidas, em menor escala, porém também determinante, das de Jürgen Habermas. Habermas aparecerá nos momentos de autodescrição dos sistemas da Política e do Direito (Estado de Direito), os quais reentram no trabalho na forma de possibilidades críticas. A metodologia de trabalho, portanto, será a luhmanianna, ou seja, a pergunta pela diferença que faz a diferença – acrescida, em alguns momentos, das observações de Jürgen Habermas, cuja metodologia inspira a interrogação pelos fundamentos e construção de uma argumentação racional, capaz de obter a adesão racional. Apesar das dificuldades, tenta-se realizar aproximações entre os autores. No tocante às técnicas de pesquisa, resumiram à abordagem bibliográfica, com consulta às diversas fontes, como *sites* de Internet e livros. Essas, por sua vez, foram aproveitadas através de metodologia de procedimento de leitura, exame e fichamento.

É possível, a partir de Luhmann, tráfegar com desenvoltura, não só nos temas e disciplinas específicos do Direito, como o Direito Constitucional, o Direito Administrativo, a Teoria do Direito e assim por diante, mas também em outras

perspectivas, notadamente a perspectiva filosófica, a sociológica e a política – privilegiadas nesse trabalho em detrimento de outras possíveis. A mera menção de vinculação a um cruzamento dessas perspectivas – transdisciplinaridade – não leva, necessariamente, à assunção dessa última em um trabalho acadêmico. A partir de Luhmann, todavia, é possível vislumbrar um fio condutor de integração, o qual também será a espinha dorsal do exame de conceito público, ou seja, as distinções construídas a partir das funções do conceito. A dogmática é objeto de preocupação, porque é a partir dela que se formam e deságuam as referências para a decidibilidade do Direito. A Sociologia conecta-se como observação das práticas de produção de sentido; a Filosofia, como complexo disciplinar voltado aos fundamentos; finalmente, a Teoria do Direito, como canal de reentrada crítica no próprio sistema jurídico.

Abalada em seus fundamentos metafísicos, a dogmática do Direito é âmbito de estudo desprestigiado nas academias, permanecendo, apesar de tudo, em seus traços hodiernos, na prática da maior parte dos doutrinadores e juristas. A dogmática, todavia, tem importante função social no sentido de estabelecer mediações entre discursos de justificação e aplicação (falando-se nos termos de Habermas), contribuindo para tornar possível a concatenação de ações entre esfera pública e aplicação concreta. As atividades mais comuns levadas a cabo pela dogmática são a *conceituação* de algo *juridicamente* e a *categorização* desse algo *dentro de algum esquema de organização jurídica*. Obviamente que tais atividades só podem acontecer dentro de um sistema, no caso, o sistema jurídico, a partir de suas próprias referências. Na dogmática, isso é levado a efeito a partir de referências extremamente simples e/ou metafísicas. Deve-se notar que a maneira pela qual um dado conceito se estabiliza e se difunde no sistema acaba por se transformar em estrutura do sistema e, dessa forma, passa a condicionar as novas operações. Com isso, quer-se dizer que a conceituação e a categorização de um instituto são relevantes para se perceber e antecipar as operações do sistema. No caso desse trabalho, o foco será o serviço público. Por “serviço público”, entende a doutrina uma determinada atividade estatal regida por determinado regime jurídico. A caracterização parece ser importante na prática, visso que, a partir daí, é possível comunicar-se com o regime jurídico. Assim, por exemplo, dependendo da maneira como se entende serviço público, certas

atividades importarão, ou não, na regulação ou delegação, serão monopólio, ou não, do Estado, e/ou estarão proibidas, ou não, ao Estado (no caso do ordenamento jurídico brasileiro).

Desse modo, o principal problema que move esse trabalho é o seguinte: como o sistema opera com o conceito de serviço público? Assentadas essas bases, quais são as distinções relevantes ao conceito de serviço público?

As hipóteses de resposta parecem ser originais. A atividade dogmática jurídica *conceitua* algo buscando *seus traços essenciais*, ou seja, um dado específico que provocaria a diferença de um instituto para o outro. Muito embora os critérios sejam altamente arbitrários, geralmente eles transitam em forma de comentários de dados “essencialmente” jurídicos. Já a atividade de categorização pode ser definida como a busca de um traço específico, também escolhido arbitrariamente, que diferenciaria toda uma categoria de outras. Trata-se da descoberta da natureza jurídica.

A compreensão contemporânea da atividade de conceituação e categorização estriba-se em pressuostos ideológicos positivistas e jusnaturalistas. Esse pano de fundo condiz com as noções de função da dogmática vigentes e com as matrizes que informam a atividade cotidiana dos juristas. Essas matrizes de fundo ancoram-se em um paradigma filosófico aristotélico-tomista ou da filosofia da consciência, procurando, através de interrogantes modalizados pela verdade/não-verdade, significados essencialistas na conceituação e categorização de algo “jurídico.”

Essas duas primeiras reflexões/hipóteses se encontram no primeiro capítulo. O caminho para a observação do conceito de serviço público divide-se em sete momentos. Cada um desses momentos corresponde a uma função do conceito de serviço público. Por função, entende-se um modo de operar que evoluiu em contraste com outros possíveis, estabelecendo uma certa lógica na redução da complexidade. Existe função mais importante do que outra? Não. Existe uma ordem ótima de explicação das funções? Também não. O que segue é o caminho tortuoso escolhido pelo autor.

Esse tipo de reflexão não exclui a possibilidade de se alcançarem os mesmos resultados a partir de outras tradições, como a hermenêutica, ou mesmo uma lógica analítica. Preferiu-se a matriz pragmático-sistêmica, contudo, justamente pela sua riqueza categorial e seu cunho instigativo e complexo.

Antes disso, são necessárias algumas reflexões teóricas. O ferramental teórico luhmanniano impõe a pergunta: como é possível? De fato, como é que as teorias jurídicas, baseadas nas primitivas premissas apontadas, produzem na comunicação? Como os operadores jurídicos apóiam suas decisões em conceitos? Como é possível esse enlace, sabendo-se das injunções políticas que recaem sobre o Direito, mais particularmente, sobre o Direito Administrativo? Como é possível existir um conceito de serviço público – e esse orientar a ação – quando são várias as concepções de serviço público? Como é possível que um signo esseja enlaçado com tão díspares tipos de serviços e regimes jurídicos diferenciados? Como fugir de um conceito trivial de serviço público?

Antes de todas, essas reflexões, porém, uma fundamental: por que o sistema precisa de um conceito de serviço público? Se o conceito existe, é porque serve a algo. Logo, o conceito de serviço público existe porque cumpre determinadas funções ao sistema. Eis a ponte para a próxima consideração.

Seguir-se-á uma orientação funcionalista, isso é, será objeto das reflexões a pergunta pelas funções que o conceito de serviço público presta ao sistema jurídico. Por orientação funcionalista, entenda-se a da matriz teórica luhmanniana. Trabalhar com um conceito de serviço público é, desse modo, não seguir a tradição de busca de uma morfologia ou essência de serviço público. Para tal, já existem os manuais de Direito Administrativo – bem ou mal, esses continuam a permitir a autonomia/existência do Direito, de modo que pelo menos essa função cumprem.

Quando se fala em sistema jurídico, fala-se no sentido epistêmico da teoria dos sistemas. O conceito de serviço público é, em primeiro lugar, uma comunicação. A comunicação é o dado específico da sociedade. Aquilo que difere sociedade dos mundos biológico, físico e psíquico. O conceito de serviço público é, para parafrasear Luhmann, um *conceito de serviço público da sociedade*. Só

isso já constitui uma refutação das teorias essencialistas de um instituto jurídico (serviço público e essência do Direito!). A forma serviço público e seu conceito são criações da sociedade e, como tais, estão explicados e fundamentados em outras comunicações, e assim por diante. Não há um ponto de Arquimedes no qual seria possível ancorar o serviço público.

Entretanto, os sistemas criam mecanismos de assimilação dos paradoxos. A observação do conceito de serviço público é uma observação do sistema jurídico, visso que a comunicação desse trabalho está ligada ao código direito/não-direito. Além disso, a organização de onde esse trabalho é gerado é uma organização do sistema educativo – universidade, mas acoplada ao Direito, produzindo ensaios doutrinários e certificando operadores. Quando se fala em serviço público nesse trabalho, está se falando em serviço público do Direito. Falar em Direito é falar em Direito da sociedade, como exvisto acima. Logo, só pode ser um serviço público do Direito da sociedade. Muito embora existam pretensões transdisciplinares, os limites cognitivos dos sistemas psíquicos acoplados à linguagem - no caso, o autor da tese - impedem que se avance para outros sistemas funcionais.

A forma serviço público e o conceito de serviço público operam a partir de distinções. essas distinções, para se tornarem perceptíveis como tais, devem ser observadas. O sistema jurídico se auto-observa, atribuindo os valores de seu código às comunicações. Quando a observação sobe um nível, por exemplo, é lícito/ilícito um dado conceito de serviço público, opera-se em uma observação de segundo grau, isso é, observa-se uma observação sobre o serviço público. Pode-se ir mais além e observar como é observada uma observação sobre o serviço público. nesse caso, é uma reflexão já de fora do sistema, de terceiro grau. É uma reflexão paradoxal, uma reflexão sobre um sistema fora do sistema, mas que acaba “reentrando” em forma de crítica. esse trabalho, em determinados momentos, estará realizando observações de segundo grau e, em outros, de terceiro grau. Talvez seja demais a pretensão de que essa observação de terceiro grau seja acurada o suficiente para reentrar no sistema em forma de crítica. Mas é um objetivo possível.

Afirma-se que o conceito de serviço público é um conceito de serviço público do Direito da sociedade. Esta proposição já é de início problemática, pois os conceitos estão vinculados ao sistema da ciência. Esta é uma proposição a ser enfrentada no corpo do trabalho. A doutrina jurídica tem uma estrutura de apresentação científicaliforme. Utiliza-se de conceitos, teorias e métodos. nesse sentido, é muito semelhante à ciência, que opera a partir de verdades, cuja construção se preenche com referibilidade a métodos empíricos. Contudo, pode-se adiantar que, se se utilizarem do esquema de códigos, as comunicações da doutrina jurídica não se enlaçam com pretensões de verdade, mas sim sempre com o código lícito/ilícito. O próprio Luhmann descreve os conceitos de um modo, no livro “Ciência da Sociedade” e de outro, no “Direito da Sociedade.” esse trabalho faz um amálgama das duas observações.

Há de se atentar, portanto, que a doutrina é uma dogmática que tem a forma de ciência, mas que está entrelaçada ao sistema jurídico.

Poder-se-ia perguntar pela pertinência das funções escolhidas, e isso implicaria responder por que essas funções e não outras. Todo trabalho acadêmico é, também, objeto de operações de distinções de pertinência/ não pertinência. Desse modo, é necessário ter critérios de pertinência para as operações de distinções escolhidas. Do mesmo modo, é necessário fundamentá-las. isso será efetuado passo a passo. Se bem que sempre haja alguma liberdade ao observador, ele está vinculado a certos critérios, que são os critérios do sistema mesmo. Então, fundamentar por que uma função de uma operação do sistema é importante, a tal ponto de ser objeto de uma observação científica, é dizer no que essas funções são relevantes para o sistema.

Só observar e fundamentar quais são as funções relevantes de um conceito jurídico para o sistema do Direito não satisfaz. É necessário dizer no que essa função se enlaça com o sistema jurídico. Obviamente que outras possibilidades de observação seriam possíveis, mas é necessário também recortar para operar na complexidade. Também é necessário descrever os critérios dessas operações. E, como esse é um trabalho sobre o conceito de serviço público, cabe aplicar essas considerações para esse clássico tema de Direito Administrativo.

Apresentar-se-á, agora, um resumo do caminho utilizado para a fundamentação das hipóteses aqui trabalhadas. Desse modo, a exposição inclui, em um só momento, as hipóteses e objetivos específicos.

Pensar o conceito de serviço público implica uma primeira função, observada no primeiro capítulo: a função primária de um conceito de geração de sentido/redução de complexidade. O conceito seria inútil – aliás, nem poderia ser observado – se não gerasse sentido. É claro que o conceito é uma comunicação e, como tal, gera sentido. Só isso não significa nada, já que isso é o comum nos sistemas. Entretanto, o conceito gera sentido de um modo especial: congrega distinções e permite acesso à forma. Unifica, simplifica. É ele mesmo uma distinção: indica lados. Todas as distinções fazem isso. Entretanto, enquanto as distinções comuns contêm algo que faz atravessar de um lado a outro – a unidade da diferença – construída de maneira simples, a unidade da diferença de um conceito contém diversas distinções internas. É justamente o caso do conceito de serviço público. Geralmente apresentado sob a forma de “prestação de interesse público gerida pelo poder público”, o conceito de serviço público simplifica ao abstrair a controvérsia que existe nos conceitos de “prestação”, “interesse público”, “gerida” e “poder público.” Cada um desses conceitos contém outros conceitos e distinções ao infinito. A construção teórica científiciforme da dogmática consegue, contudo, unificá-los e abstraí-los de suas controvérsias originárias, simplificando o acesso ao mundo. Assim, na operacionalidade cotidiana do sistema jurídico, não é necessário recorrer a todas aquelas distinções de uma só vez, o conceito faz isso de maneira simplificada. Interessante que a construção do conceito só é possível porque já se têm, de antemão, exemplos de serviço público. A partir desses exemplos, estabelecem-se as distinções fundamentais. Então é necessário saber antes quais são os serviços públicos para se dizer o que é serviço público; por outro lado, esses só são acessíveis se se tem um conceito de serviço público. Desse modo, tem-se um círculo paradoxal que só se torna observável a partir da perspectiva sistêmica.

Por outro lado, devido ao modo de operar do Direito, os conceitos fazem-se de elementos que substituem a unidade da diferença da forma. isso quer dizer que, para se saber o que é serviço público/ não serviço público, é necessário observar o conceito de serviço público. esse conceito de serviço público permite,

desse modo, tanto a operação quanto a observação do serviço público. O conceito não é o serviço público, mas deve estar lá para que o serviço público seja observado. Dessa forma, o conceito de serviço público é ele mesmo um elemento paradoxal. Permite ao Direito essa operação em *uno actu*: operar a partir do conceito de serviço público significa dizer o que significa serviço público.

Não é necessário, em observações de primeiro grau e segundo grau, realizar essa sutil diferença, de modo que é possível ao Direito seguir operando de maneira indiferenciada. Ao não precisar distinguir a forma serviço público de seu conceito, o Direito ganha em operatividade.

Essa simplificação realizada pelo conceito reduz a complexidade para o sistema jurídico. Faz com que opere de maneira simplificada. Entretanto, tal simplificação vem a custo da vagueza, da abertura à discussão e da pluralidade de conceitos sob a mesma forma serviço público. Enfim, aumenta a complexidade de outro lado. Não é preciso dissertar sobre a tendência do sistema jurídico de mais e mais criar e modificar conceitos e categorias jurídicas dia a dia. A primeira das funções do conceito de serviço público é justamente a de reduzir, congregando distinções. Obviamente, é uma pergunta relevante a de que se é necessário saber que distinções são relevantes para o conceito de serviço público. De outro lado, o conceito serviço público não faz só uma distinção entre serviço público/ não serviço público. Há, igualmente, uma relação de oposição entre serviço público e outros conceitos caros ao Direito Administrativo, como a utilidade pública e a atividade econômica do Estado. O conceito de serviço público tem, portanto, a função de reduzir opções, isso é, complexidade.

O conceito de serviço público é uma distinção sobre uma forma que está ligada à Política, à Economia e ao Direito – isso é, uma forma que poderia ser observada como acoplada (se operativa ou estruturalmente é uma outra questão) àqueles sistemas parciais. Esta forma é variável em seus elementos, até porque está ligada a sistemas que se mantêm a partir de uma complexidade estruturada, mas cujos elementos operativos também são temporais e mutáveis. O serviço público é especialmente sensível às variações e injunções políticas, morais e econômicas. Obviamente, ele muda sem escusas a seu conceito dogmático. É necessário, por isso, que a doutrina seja um mecanismo de variação do sistema

jurídico. Todos os sistemas evoluem, mudam. Não há um *telos*, um bem em específico que, ao ser atingido, finda a evolução. Basta ver que, na prática, o conceito de serviço público, nos anos 90, refutou a noção de serviço público da época do *welfare state*, justamente para, agora, no tempo pós-neoliberal (e pós-crise de 2008-2009), retomar aquelas antigas noções, de maneira renovada.

Os conceitos representam uma porta de reconhecimento das variações do Direito. O serviço público varia, o conceito também. Não é preciso dizer que a via contrária também é real: a própria modificação dos conceitos leva à modificação da forma do serviço público; a precede por vezes – como foi precisamente o caso de alguns autores das reformas neoliberais dos anos 90, forçando a reforma do conceito e obtendo sucesso no campo da violência simbólica e do convencimento erístico. Esta é a problemática do segundo capítulo. O conceito de serviço público é um campo de luta ideológica (no sentido de modelos de projetos de vida e sociedade) e de contínua movimentação. Com isso, o sistema ganha em cognição, criando mais alternativas de evolução. Mesmo os conceitos fracassados de serviço público, uma vez criados, permanecem como memória do sistema para eventual utilização. A função de variação do conceito de serviço público é fundamental, portanto, para a própria evolução do serviço público e do Direito. Obviamente que o sistema só detecta alternativas a partir de seus parâmetros, e é necessário obter critérios para tanto. esses critérios estão vinculados com toda a operação de evolução do sistema, daí a necessidade de se recorrer à função seguinte. De todo modo, os conceitos têm uma função de variação fundamental para o Direito, e isso se faz particularmente importante no caso do serviço público. Note-se que os critérios de variação não são, em hipótese alguma, estreitos. Dentro dos parâmetros do Estado Democrático de Direito, justamente a pluralidade de conceitos permite a pluralidade de concepções. Seria intolerável para os símbolos do Direito e da Política restringir a variação conceitual do serviço público – afirmação paradoxal, visso que o Direito visa, precipuamente, à conservação para a formação de expectativas normativas.

Dentre as possibilidades de variação possíveis, algumas são selecionadas pelo sistema para a formação da memória e de redundâncias semânticas. É a função de seleção do conceito de serviço público, observada no terceiro capítulo. Novamente, o problema pelos mecanismos e critérios: o que faz

um determinado conceito de serviço público ser adequado para o sistema do Direito? Em primeiro lugar, é necessário lembrar a inserção do conceito de serviço público em um todo maior do Direito. Todavia, pode-se adiantar que se trata de uma questão de argumentação. Isso não resolve o problema: que argumentos são idôneos para selecionar conceitos de serviço público? Essas questões estão conectadas com a decidibilidade do Direito. O Direito é um sistema compelido a decidir, e é no campo do serviço público um dos encontros com a Política – sistema especializado em decisões vinculantes coletivas. Desse modo, o problema do conceito é um problema de amparar decisões. A seleção convive com o paradoxo de ter de selecionar múltiplos e diferenciados conceitos de serviço público, mas saber que, a cada operação de aplicação do Direito, apenas um conceito será escolhido no repertório de conceitos possíveis (ou de distinções internas ao conceito, se se preferir falar no singular).

As seleções levam à formação de redundâncias e, com isso, à semântica do sistema. O sistema, desse modo, estabiliza os conceitos, e os transforma em estrutura. É a função de memória do conceito, objeto do quarto capítulo. Essas estruturas do sistema precisamente vão fazer parte do sistema e ajudar na construção de novas operações. Por exemplo, se se entende que educação primária é um serviço público (tanto faz se prestado por particulares ou pelo poder público), também será serviço público o Ensino Médio. Estabilizados os conceitos, eles servem de repertório para as decisões do dia-a-dia do sistema jurídico. Mais importante, o conceito de serviço público conforma a geração de expectativas normativas. Espera-se que determinados serviços sejam considerados públicos, e que os serviços públicos tenham determinados regramentos e princípios jurídicos. Desse modo, o conceito de serviço público forma uma espécie de autoridade científica ante os questionamentos possíveis. Os conceitos podem ter, portanto, essa face de resistência e acomodação do novo.

É paradoxal, pois, a vida do conceito de serviço público e dos demais conceitos no Direito: servir de variação e conservação do Direito ao mesmo tempo.

O conceito de serviço público também possui uma função fundamental no contexto do sistema jurídico. Trata-se de um enlace com os símbolos da validade

(consistência, vinculação com as demais operações do sistema) e da justiça (repetição de critérios em situações observadas como semelhantes), ou seja, uma função simbólica, de símbolo do sistema. É o que trata o quinto capítulo. O sistema jurídico possui símbolos mediante os quais suas operações são legitimadas e que, ao mesmo tempo, dão unidade ao sistema. O conceito de serviço público participa da formação da unidade do sistema jurídico, ao ter a pretensão de consistência com os textos constitucionais e com os direitos fundamentais, mas também ao ser critério do sistema para o igual tratamento de determinadas situações e desigual tratamento em situações percebidas como diferenciadas. O poder público, por exemplo, ao prover serviços de educação fundamental para todos, e benefícios para certas minorias ou maiorias excluídas, legitima-se, criando um critério de igual tratamento. O próprio conceito de serviço público é representativo desse simbolismo, ao invocar o lado público da distinção público/privado como uma das distinções constitutivas do conceito. Os princípios (contestados) do serviço público, como a modicidade e a universalidade, confirmam essa hipótese de existência de uma função simbólica.

O conceito de serviço público configura-se como uma prestação aos outros sistemas. Ele dá estabilidade e variação também à Política. Esta se apoia no conceito de serviço público para se legitimar. Do mesmo modo, a Administração. Serviço público sempre existirá – a Política e a Administração sempre terão utilidade. É necessário que o Direito fixe essa expectativa. Mas não pode impedir a contínua mudança e o fluxo de interesses. Assim, o conceito também serve como canal de mudanças políticas e de legitimação das modificações da missão da Administração Pública. Desse modo, antes o conceito exigia que a Administração prestasse serviços diretamente, depois exigiu distância e, agora, exige novamente intervenção.

O conceito é, dessa forma, um ponto de Arquimedes artificial e um canal de mudanças para os outros sistemas. É necessário lembrar, também, que a função do sistema da Política é a da geração de decisões vinculantes para toda a sociedade. Para tanto, esse sistema conta com um meio de comunicação socialmente generalizado, que é o poder. esse se comunica com o Direito – esse também podendo ser observado como meio – diversas vezes. Um desses espaços é justamente o serviço público qual é, de um lado, uma prestação, mas,

de outro, é também uma *potesta* regulada. O conceito de serviço público deve assimilar essas conexões, mas se manter fiel à Constituição (esta mesma acoplamento estrutural entre Direito e Política) se essa for exigência de uma província específica do sistema jurídico. Fala-se, portanto, em função de acoplamento do conceito de serviço público, objeto do sexto capítulo.

Finalmente, o conceito, como qualquer operação em um sistema de comunicação, está engatado em outras operações. Esta ligação adquire uma cor especial, dada a programação do sistema jurídico se/então. A mera menção do serviço público deflagra um complexo de normas – o regime jurídico. Se algo é serviço público, automaticamente é enlaçado àquela distinção dos conceitos e normas do regime jurídico. Então, dizer que determinada comunicação está do lado de dentro do serviço público significa dizer que essa comunicação está ligada com um *script*, isso é, com um roteiro pré-escrito que é ativado, uma vez acionado o *trigger*, isso é, o gatilho. Esta é uma função extremamente importante para o sistema jurídico, uma vez que uma das suas distinções constitutivas é a da programação condicional. Desse modo, não é só um fato que gera conseqüências, mas também conceitos. É uma função do conceito, a qual é tratada no sétimo capítulo. Se se diz que a educação prestada no seio da iniciativa privada é serviço público, esta afirmação tem a pretensão de gerar conseqüências previamente ajustadas. A disputa pelo conceito não é só simbólica, portanto, mas também está ligada com as conseqüências práticas do sistema jurídico. Daí talvez ser esta a função mais importante do conceito de serviço público: indicar um regime jurídico peculiar, mesmo que existam dúvidas sobre o quê, em realidade, significa esse regime jurídico peculiar.

Os objetivos gerais desse trabalho dizem respeito, justamente, à confirmação das hipóteses.

Sobre a necessidade de construção de hipóteses e reflexões originais, é possível dizer que não são comuns trabalhos que mencionam a atividade de conceituação e categorização jurídicas como uma atividade relevante para o exame de um dado instituto jurídico, muito menos, o conceito de serviço público. Não há obra específica sobre o tema – muito embora o serviço público seja objeto de infindáveis obras e cada uma delas sempre faça menção ao conceito de

serviço público. Tampouco toda essa problemática foi observada a partir de Luhmann e Habermas. Daí a relevância da tese para fundamentar uma observação mais complexa do conceito de serviço público que una essas referências em busca da compreensão dessa idéia presente, de maneira corriqueira, nos discursos dos juristas, políticos e população.

O conceito de serviço público é extremamente vago, fluido e conectado a concepções teóricas ainda ligadas ou a uma matriz metafísica ou a uma matriz normativista. Investigar como é possível conceituar serviço público, sem dúvida nenhuma, é um processo que se insere diretamente no cotidiano da produção do saber jurídico. Uma observação mais sofisticada do que vem a ser serviço público tem conexão imediata com a prática forense. A tese, desse modo, parece ter justificativa sob o aspecto de sua relevância científica e pragmática para o Direito. Além disso, a escolha do tema serviço público é justificada precisamente pela sua relevância como mecanismo de atuação de uma comunidade sobre si mesma.

Ainda dentro do contexto das justificativas, sob uma ótica pessoal, a presente tese representa uma continuidade de um trabalho teórico voltado às questões de significado e sociedade. Os trabalhos anteriores – de algum modo presentes nesta tese voltaram-se a reflexões sobre Democracia e a obra de Jürgen Habermas. A tese desafia ainda mais, ao acrescentar uma reflexão sobre a dogmática e ao adotar Niklas Luhmann, cujas obras o autor dessa tese não estava familiarizado.

É possível visualizar várias conexões de pertinência com as linhas de pesquisa do doutorado da Unisinos, mais notadamente, a linha Sociedade, Novos Direitos e Transnacionalização, ao buscar refletir o serviço público a partir de uma teoria da sociedade mais complexa. De fato, investigar o conceito de serviço público é uma empresa ligada a uma maior compreensão da sociedade e do Direito e suas relações multifatoriais, objetivo do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Isso porque, novamente, o conceito de serviço público é um conceito de serviço público da sociedade. Então, observar um instituto jurídico de maneira complexa – por mais dogmático que seja/pareça esse instituto, é observar as suas relações e distinções, que estão

enlaçadas com outras operações e assim por diante, porque, ao cabo, é isso que permite o sentido.

1 FUNÇÃO DE REDUÇÃO E DIFERENCIAÇÃO: como o conceito de serviço público diferencia

O escalonamento de uma observação do conceito de serviço público parece ser mais adequado se se inicia a partir de uma reflexão acerca da complexidade e da conseqüente redução da complexidade efetuada a partir da idéia de conceito de serviço público.

Desse modo, o presente capítulo tem vários objetos. Muito embora seja necessário ir trabalhando as categorias, tentar-se-á, a cada momento, dizer em que essas categorias são relevantes para a observação do conceito de serviço público, isso é, distribuí-las ao longo do trabalho. Em um primeiro momento, contudo, serão introduzidas as categorias fundamentais. essas serão a ponte para se estabelecer a idéia luhmaniana de que o sentido se fixa a partir de distinções. O conceito de serviço público é duro nesse sentido: ou determinada comunicação é conceito de serviço público – idem no que toca à própria forma serviço público, ou não. Dureza significa, portanto, a existência de dois lados apenas, sem uma zona *gris* a dividi-los. Entretanto, essa dureza só é possível mediante custo de vagueza no conteúdo. Outra afirmativa que se pretende confirmada é a de que o conceito de serviço público reduz, unifica, simplifica. Faz parte da construção sob a forma de ciência que a doutrina produz a simplificação de distinções em conceitos.

Para alcançar tais objetivos, é necessária a abordagem de algumas categorias e discussões preliminares. É o que se faz a seguir.

1.1 Categorias introdutórias

A construção de observações sofisticadas, dentro do contexto do sistema da ciência, dá-se através de definições (conceitos, e categorias tomadas no sentido de relações gênero-espécie). A própria teoria dos sistemas fundamentará como se observa sistemicamente. Desse modo, esse início de trabalho operará com as distinções fundamentais preparatórias para o posterior aprofundamento. Alguns conceitos fundamentais e já conhecidos foram tomados como despiciendos e conscientemente omitidos do trabalho. Outras construções de Luhmann e de Habermas foram descritas de maneira mais minudenciada porque se considerou que o caminho de construção daqueles conceitos gerava esclarecimentos para o objetivo principal do presente trabalho, isso é, a observação pragmático-sistêmica de serviço público.

A matriz pragmático-sistêmica caracteriza-se por um modo próprio de observação. Trata-se de buscar categorias que formem sentido para a observação do mundo¹. A teoria dos sistemas é uma matriz teórica e, com isso, possui um campo de racionalidade próprio.

A teoria dos sistemas de Luhmann procura explicar a sociedade como sistema social. É importante nesta matriz epistemológica demonstrar-se que certos elementos básicos tornam possíveis distintas formas, entre infinitas possibilidades, de interação social².

Um dos grandes desafios – de certa forma velados em parte, por serem enfrentados cotidianamente sem a consciência do conflito – para os juristas, hoje, é a atividade de conceituar e categorizar, i.e, de conceituar como, preliminarmente, ocorre a atividade de atribuir, mediante a observação de algum dado legal, um instituto jurídico, delimitando-o; já a categorização, também preliminarmente, é a atividade da doutrina de alocar, em algum esquema de organização, um dado instituto jurídico, com base em algum traço qualquer.

¹ Existe uma evolução no pensamento de Leonel Severo Rocha sobre as matrizes de pensamento. Em um primeiro momento, é possível identificar três matrizes: analítica, pragmático-hermenêutica e sistêmica (ver ROCHA, Leonel Severo. Introdução. In: ROCHA, Leonel Severo (Org.). **Paradoxos da Auto-observação**. Curitiba: JM Editora, 1997); depois cinco. Posteriormente, Habermas é agrupado junto com a matriz sistêmica. Preferiu-se esse arranjo para o presente trabalho.

² ROCHA, Leonel Severo. Três matrizes da teoria jurídica. ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito: Mestrado e Doutorado 1998/99**. São Leopoldo: Unisinos, 1999. p.134.

A atividade cotidiana da conceituação e categorização mescla-se com a da interpretação jurídica (observação), sem, todavia, confundirem-se, uma vez que a interpretação de algo é condição de possibilidade do entendimento de alguma coisa, enquanto a definição e a categorização vêm-se ligadas a uma prática de organização de dados já interpretadas e precisam sofrer uma recontextualização para serem novamente interpretados. Apesar de os conceitos aparecerem nos textos legais e na jurisprudência, são realizados com mais freqüência pela doutrina – expressão da atividade dogmática.

Para a dogmática mais comum, conceito “consiste em dar o sentido da palavra que o designa segundo os elementos que o constituem”³. O conceito expressaria “a consistência material de um conceito: é o fundo; e enuncia o sentido do termo que o designa: é a forma”⁴.

Já a atividade de categorização é, para a doutrina dogmática, não a idéia de

[...] estudar cada fenômeno jurídico em si, mas de compará-lo aos outros para aproximá-los ou dissociá-los deles. Cumpre agrupar numa mesma categoria, submetida a determinado regime, as entidades mais profundamente semelhantes e separar em categorias diferentes, dotadas de regras diferentes, entidades essencialmente dessemelhantes⁵.

Ou seja, categorizar seria aproximar os institutos que contêm as mesmas “essências.” A dogmática jurídica convive com o paradoxo de imputar às categorias um *status* meramente pedagógico, mas que, por outro lado, gera conseqüências relevantes para a ação em termos de regime jurídico. A unidade de diferença entre um “objeto” jurídico e outro seria ôntica, enquanto o conceito seria um mero “espelho” da coisa em si mesma:

As categorias jurídicas não têm outro valor além daquele que lhes conferem as realidades que elas pretendem traduzir; trata-se apenas

³ BERGEL, Jean-Louis. **Teoria Geral do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p.255.

⁴ BERGEL, Jean-Louis. **Teoria Geral do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p.255. Para o mesmo autor (p. 259): “embora nem todas as formas suscetíveis de afetar um conceito devam sobrecarregar sua definição, esta deve abranger todos os elementos e todas as integrações implicadas nesse conceito e cuja reunião é necessária e suficiente para identificá-lo. Assim, pode revelar-se muito útil recorrer a critérios quantitativos, numerados, ou a qualidades objetivas. Ainda é preciso, entretanto, que o conceito assim definido tire de seus elementos constitutivos e da entidade por eles realizada uma especificidade real”.

⁵ BERGEL, Jean-Louis. **Teoria Geral do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p.266.

de um procedimento intelectual, de um artifício técnico de emprego das realidades jurídicas, que nunca deve, por um excesso de rigidez, permitir desnaturá-las. O estabelecimento das categorias jurídicas deve partir dos próprios objetos que é preciso agrupar segundo seus caracteres comuns. A definição das categorias deve proceder por indução a partir de dados conhecidos⁶.

Obviamente, tais atividades possuem grande relevância para a ação, vez que, conforme se define ou se classifica algo em uma outra direção, se possibilita uma ou outra consequência jurídica – as quais, como se sabe, são comunicações que se ligam ao código do Direito e, por isso, significam modificações na vida das pessoas. É o que será visso com a questão do serviço público e o *script*.

Luis Alberto Warat já havia analisado e criticado, sob o prisma da semiologia, a atividade da conceituação jurídica. Conceituar algo é explicitar o seu sentido recorrendo a outras palavras: “o signo que intentamos definir é chamado de *definiendum* e o conjunto de símbolos usados para explicar seu significado é denominado *definiens*”⁷. Warat explora a tensão entre o realismo platônico, de onde as definições remontariam à coisa em si, do nominalismo, onde as definições estariam ligadas a processos arbitrários. A noção de definição jurídica levada a cabo pelos juristas hoje é claramente metafísica, uma vez que predominam as noções de linguagem presas ao paradigma da filosofia da consciência⁸. Ou seja, haveria uma ligação da proposição à essência da coisa, um atingimento do significado da coisa em si de maneira monológica, negando o caráter social do significado: “[...] como as definições reais se constituem baseadas na intuição e não em critérios contrastáveis intersubjetivamente, cada ideologia pode sustentar o caráter essencial de seus conceitos, transportando-se,

⁶ BERGEL, Jean-Louis. **Teoria Geral do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p.267.

⁷ WARAT, Luis Alberto. **A Definição Jurídica**: suas técnicas. Porto Alegre: Atrium, 1977. p.7.

⁸ WARAT, Luis Alberto. **A Definição Jurídica**: suas técnicas. Porto Alegre: Atrium, 1977. p.14: “No pensamento jurídico prevalecem as teses realistas a respeito do significado das palavras [...] nas ciências dogmáticas do Direito tem grande vigor a suposição de que os conceitos normativos refletem uma conexão necessária e essencial com a realidade, de que as definições do campo jurídico se obtêm mediante uma intuição intelectual de natureza intrínseca dos fenômenos denotados. [...] Esta concepção ontológica é, inclusive, sustentada em relação àquelas palavras que pretendem designar valores, tais como justiça, honestidade, proibido, etc. [...] A concepção platônica sobre os critérios definitórios serviram, fundamentalmente, para a consolidação dos principais postulados políticos que sustentam as concepções majoritariamente aceitas pelos juristas em relação às características atribuíveis ao Direito Positivo [...] As idéias em torno do significado unívoco das palavras da lei, sustentação do caráter não construtivo dos atos de aplicação do Direito, são todas afirmações que podem lograr um consenso na comunidade dos juristas a partir da crença de que pode haver uma só definição válida para cada palavra.”

desse modo, a luta ideológica para o plano das definições⁹. Aplicando a semiologia, Warat resgata várias técnicas de definição, como as ostensivas (assinalar algo por demonstração), as denotativas (menção de classes semelhantes), as contextuais (demonstração dos contextos), as relacionais por gênero e diferença (relação de classe e subclasse) e as sinonímias (uso de sinônimos)¹⁰. É possível, também, a utilização de uma técnica estipulativa (quando não existe uma definição anterior, e, portanto, se propõe à comunidade um uso), como um uso redefinitório, ou seja, a modificação dos conceitos pela reinterpretação.

Contra a dogmática dominante, o último, L. Wittgenstein, percebe a busca de um significado exato de uma palavra ou o sentido perfeito de uma sentença como uma ilusão metafísica¹¹. Abandona-se a idéia de que a uma definição deva corresponder algo¹².

Devemos levar em conta que, segundo a concepção em foco, as palavras representam “signos arbitrários”, que aparecem unidos ao ato espiritual apenas com base numa convenção passível de alteração a qualquer momento. Deveria ser possível, pois, tomar a decisão de, por exemplo, associar à seqüência de letras “a b c d e” exatamente o mesmo sentido que, de hábito, associamos às palavras “provavelmente choverá amanhã.” Contudo, não me sairei bem ao agir dessa maneira¹³.

Por que não é possível se sair bem dessa maneira? Wittgenstein entende a comunicação como a realização de um jogo, cujas regras ambos conhecem regras (formadas durante o operar do uso) e agem conforme modelos préestabelecidos na historicidade da comunidade, ou, melhor dizendo, nos processos de aprendizado. Mas mais importante: os jogos de linguagem permitem a comunicação da linguagem com o mundo. Isoladamente, nada significa um signo. “O *que lhe confere vida?* – Ele *está vivo* no uso. Ele tem em si o hálito da vida? – Ou é o *uso* o seu hálito?¹⁴” E a vida das palavras é seu uso: “o que é que

⁹ WARAT, Luis Alberto. **A Definição Jurídica**: suas técnicas. Porto Alegre: Atrium, 1977. p.18.

¹⁰ WARAT, Luis Alberto. **A Definição Jurídica**: suas técnicas. Porto Alegre: Atrium, 1977. p.32.

¹¹ Ver, por exemplo, os §§ 79 e 87 do livro *Investigações Filosóficas*.

¹² STEGMÜLLER, Wolfgang. **A Filosofia Contemporânea**: introdução crítica. São Paulo: EPU, 1977. p.436: “[...] quando uma palavra atua na linguagem, não é necessário que o objeto por ela designado seja algo subsistente e imutável. O nome pode ser vazio, o que se dá quando nunca lhe correspondeu algo real (como ocorre, por exemplo, com o nome Pégaso).”

¹³ STEGMÜLLER, Wolfgang. **A Filosofia Contemporânea**: introdução crítica. São Paulo: EPU, 1977. p.437.

¹⁴ WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações Filosóficas**. Petrópolis: Vozes, 2004. p.173.

designam as palavras dessa linguagem? – Como demonstrar o que designam a não ser pelo modo como são usadas?¹⁵.” Então talvez uma pista para o mistério dos conceitos esteja envolvida com seus usos – o que legitima a investigação a partir de suas funções.

Niklas Luhmann segue na esteira de diversas tradições, adotando, dentre essas, a da reviravolta lingüística, mas a partir de uma concepção singular, a qual envolve as idéias de forma e sistema. Todas as construções de definições baseadas na idéia de “espelho”¹⁶ entre um conceito ou categoria real (à semelhança do mundo das idéias de Platão¹⁷) e o seu enunciado lingüístico caem diante de um argumento singelo e muito simples desenvolvido a partir de Wittgenstein e adotado por Luhmann: comunicação só se substitui por comunicação. Ninguém tem acesso “à coisa mesma”, a não ser por uma comunicação que, se desenvolvida, leva à outra comunicação, e assim por diante¹⁸ - razão pela qual já se renuncia de pronto à idéia de se achar um significado correto (a partir da sociologia) de serviço público.

Entretanto, isso não significa arbitrariedade. Existem critérios e procedimentos que estão baseados nas estruturas dos sistemas e que são fruto de uma evolução histórica. Esses critérios e procedimentos dificilmente estão à disposição de uma consciência individual em específico, de modo que não se pode dizer, em absoluto, que qualquer conceito de serviço público servirá. Entretanto, não há clareza com relação aos critérios e procedimentos de

¹⁵ WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações Filosóficas**. Petrópolis: Vozes, 2004. p.20.

¹⁶ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta Lingüístico-pragmática na Filosofia Contemporânea**. São Paulo: Loyola, 2001. p. 120-121 :“A tradição de pensamento sempre pressupõe uma isomorfia entre realidade e linguagem: porque há uma essência comum a um determinado tipo de objetos é que a palavra pode designá-los e assim aplicar-se a diferentes objetos que possuem essa essência. A palavra designa, precisamente, não a coisa individual, mas o comum a várias coisas individuais, ou seja, sua essência. Para a metafísica clássica, o conhecimento verdadeiro consiste na captação da essência imutável das coisas, o que, precisamente, é depois comunicado pela linguagem.”

¹⁷ esse problema não está só no *Crátilo*, mas também na Alegoria da Caverna, como possibilidade de um pensamento autônomo que consegue acessar uma realidade superior.

¹⁸ “O construtivismo entende que o conhecimento não se baseia na correspondência com a realidade externa, mas somente sobre as construções de um observador (Von Glaserfeld, Heinz Von Foerster)”. ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. **Introdução à teoria do sistema autopoietico do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p.28.

construção de conceitos no sistema jurídico, de sorte que um exame sociológico da questão pode vir a calhar para uma melhor compreensão do Direito¹⁹.

Pode-se utilizar o exemplo dos serviços públicos. Dependendo do conceito de serviço público, uma série de conseqüências práticas são deflagradas, como uma expectativa de vinculação com valores de consistência e igualdade. Note-se que, à medida que a sociedade se modifica, também o próprio conceito de serviço público ora expande-se, ora restringe-se. Do mesmo modo, o seu regime jurídico. A estrutura do Direito, desse modo, modifica-se. A teoria dos sistemas de Luhmann é apropriada, nesse sentido, para se perceber essas modificações em nível sistêmico, abstraindo das ações individuais que, nesse caso, são tão complexas, que não podem ser assimiladas. Também poderá a teoria dos sistemas de Luhmann proporcionar uma adequada leitura de como o Direito elabora suas distinções e, com isso, poderá desvendar o mistério dos conceitos.

O caminho que vai até o conceito passa pela idéia de conhecimento, ciência e comunicação.

A primeira operação de Luhmann para explicar a ciência é a refutação da idéia de sujeito como centralizador do conhecimento. Sujeito e relativização do conhecimento não são fenômenos paralelos: observando-se o sujeito, encontram-se seus condicionantes. A relativização dos pontos de vista, de outra banda, é intuitiva. Uma percepção fundamental, para Luhmann, é a percepção de que os outros percebem, e percebem a partir da distinção sujeito/objeto²⁰. A experiência comunicativa cotidiana faz supor a existência de um *alter ego* capaz de realizar as mesmas distinções, e, com isso, alcança-se uma condensação de experiências. Na experiência da conceituação de serviço público, supõe-se que os conceitos são separados dos observadores não enquanto informação, mas enquanto realidade. Obviamente que não é assim que se passa, e a observação científica deve ir mais além. Enquanto alguém é capaz de realizar distinções e apresentá-

¹⁹ LUHMANN, Niklas. **El Derecho de la sociedad**. Universidad Iberoamericana: México, 2002. p. 67: "Para la ciencia del derecho se trata de un orden normativo; para la sociología – dependiendo de la tendencia teórica – de comportamiento social, de instituciones, de sistemas sociales; es decir, de algo que es como es y que en todo caso motiva a que sobre ello se haga un pronóstico o se dé una explicación."

²⁰ LUHMANN, Niklas. **La ciencia de la sociedad**. Anthropos: México, 1996. p.18.

las, e os outros percebem do mesmo modo, essa distinção acaba por adquirir uma força maior, até se tornar estrutura do sistema.

E isso leva a outra distinção que é a que ocorre entre o ato de comunicar e a informação. A informação, ainda mais diante dos meios (físicos) de que o Direito se utiliza, separa-se do emitente e passa a ser independente da consciência individual. No Direito, a informação relativa às definições se fixa em livros de doutrina e sistemas de armazenamento de decisões passadas (por vezes até em sistemas informatizados em rede), além de serem passadas aos iniciantes em cursos de formação jurídica. Em dado momento, as diversas concepções concorrem e, desse modo, tornam-se comunicação generalizada e difusa.

Daí a formação de intersubjetividade, estruturas e, assim, sistemas. O sistema psíquico é capaz de, ao observar informações (acoplado a sistemas sensoriais), realizar auto referência e, desse modo, conseguir dar sentido aos eventos. A ênfase é na comunicação, na formação de redundâncias intersubjetivas, que geram sistemas autopoieticos a partir das comunicações. Os sistemas de comunicação, desse modo, são autônomos²¹.

A novidade de Luhmann, aqui, é a proposição de que o conhecimento não reside em um sujeito. A idéia de que o sujeito é o portador do conhecimento esbarra em duas idéias fundamentais: o problema de um observador que observa com pretensão de estar fora do observado, mas sem conseguir isso; e o problema da distinção personalidade-comunicação²²:

A comunicação torna-se funcionalmente possível e significativa pelo fato de dois conscientes não estarem estruturalmente em condições de alcançar um ao outro. Um consciente de modo algum é capaz de vivenciar o que um outro vivencia²³.

²¹ O sentido é um meio universal entre os sistemas psíquicos e sociais. A comunicação, contudo, é exclusiva do sistema da sociedade e seus sistemas parciais. LUHMANN, Niklas. **El Derecho de la sociedad**. Universidad Iberoamericana: México, 2002. p. 93: "Como médium universal de todos los sistemas psíquicos y sociales (es decir, de los sistemas que operan consciente o comunicativamente), el sentido se regenera sin esfuerzo y casi de por sí con la *autopoiesis* de dichos sistemas."

²² LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. México: Herder, 2007. p. 33.

²³ CLAM, Jean. **Questões fundamentais de uma teoria da sociedade**: contingência, paradoxo, só –efetuação. São Leopoldo: Unisinos, 2006. p.151.

Como esses dois sistemas não podem ser “unidos”, visto que autopoieticos, fica inviável pensar em um conhecimento privado, sem que seja comunicado.

Essa observação é evidente para o problema aqui tratado. A definição elaborada pelo doutrinador é também uma auto-observação de sua própria opinião. Nesse sentido, as definições são sempre interessadas e parciais. Daí porque é possível retirar conclusões importantes acerca dessa reflexão: 1) a pouca utilidade, se se quiser fazer uma análise complexa da problemática, do exame do acesso que algumas poucas mentes privilegiadas de juristas possam ter à natureza jurídica dos institutos jurídicos; 2) a necessidade de uma observação mais complexa, a partir das operações características do sistema; e 3) o caráter social, não só da observação do conceito de serviço público, mas também da própria existência e construção desse.

Só a comunicação comunica o conhecimento. A personalidade pensa. Qualquer coisa que a sociedade chama “conhecimento”, por exemplo, a memória do que é “serviço público”, só existe enquanto comunicação. A personalidade não pode ser observada a partir desse critério. São sistemas que operam em lógicas diferentes, se bem que acoplados estruturalmente pela linguagem²⁴.

A comunicação é o último e único constituinte do social, por trás do qual não existem nem atores nem coisas, nem espaços, mas tão-somente operações (isso é, só-efetuações) da comunicação. Essas são os únicos componentes de todo sistema comunicativo, a serem diversamente especificadas de caso para caso²⁵.

Ora, os conceitos estão fixados na memória do sistema, ajudando-o a operar. Nesse sentido, os conceitos e categorias, bem como os modos de fixá-los, são operações condensadas no sistema jurídico em forma de estruturas, e são constantemente utilizadas para a orientação da ação e solução de casos. Mais que isso, configuram-se como estruturas que permitem a identificação de novas alternativas, mas que se enlaçam no sistema enquanto natureza jurídica.

²⁴ LUHMANN, Niklas. **La ciencia de la sociedad**. Anthropos: México, 1996. p. 51.

²⁵ CLAM, Jean. **Questões fundamentais de uma teoria da sociedade**: contingência, paradoxo, só –efetuação. São Leopoldo: Unisinos, 2006. p.235.

A hipótese é a de que os sistemas são portadores do conhecimento. Nesse sentido, em conclusão, os conceitos e categorias, bem como os modos de identificá-las, são o conhecimento do sistema jurídico.

O conhecimento é um dos elementos constitutivos dos sistemas sociais. Como tal, é sempre pressuposto em qualquer operação²⁶. Após as operações de distinção, usualmente acercadas de coincidências, em algum ponto temporal, as observações se fixam e, desse modo, são condensadas.

Luhmann liga o problema do conhecimento ao problema da decepção de expectativas, a partir de seu conhecido esquema de expectativas cognitivas/normativas. O uso lingüístico na ciência permite a formação de expectativas cognitivas, as quais são relativamente livres do contexto e, por isso, geralmente mais imunes à decepção²⁷.

Uma outra diferença que ajuda a caracterizar o conhecimento é a diferença entre vivência e ação. A ação liga-se a uma mudança interna, e a vivência, a uma externa. Quem faz essa ligação a um motivo externo ou interno ao sistema é o observador. A adjudicação funciona como um elemento de “animismo”, ou seja, de atribuir caracteres aos sujeitos através da comunicação, como feliz, triste, conhecido, não conhecido, etc.

El conocimiento es, por lo tanto, en un sentido extremadamente general (y no específico con respecto a la cultura) una observación condensada, y, en un sentido más especial que presupone una capacidad evolucionada de diferenciación, una posición de expectativa utilizada como vivencia cognitiva²⁸.

O conhecimento é uma espécie de expectativa que flutua livremente, sem se deixar dominar por um sistema funcional parcial específico. Toda e qualquer atividade pressupõe redundância e, assim, conhecimento.

²⁶ LUHMANN, Niklas. **Essays on Self-Reference**. New York: Columbia Press, 1990. p.81:“This concept of complexity is based on the concept of operation. It is the complexity of operations. The other concept is defined as a problem of observation. Now, if a system has to select its relations itself, it is difficult to foresee what relations it will select, for even if a particular selection is known, it is not possible to deduce which selections will be made. Knowledge of one element does not lead to knowledge of the whole system; the observation of other elements will, however, give additional information about the system.”

²⁷ LUHMANN, Niklas. **La ciencia de la sociedad**. Anthropos: México, 1996. p.103.

²⁸ LUHMANN, Niklas. **La ciencia de la sociedad**. Anthropos: México, 1996. p.109.

Não há dúvidas de que os conceitos, e, particularmente, o conceito de serviço público, formam um repertório de conhecimento do sistema jurídico e de que, como tais, ajudam o sistema a assimilar a complexidade do mundo. O sistema jurídico percebe as comunicações dentro de seus esquemas de observação. Assim, um novo serviço de educação vai se enquadrar em alguma das categorias prévias de serviço público, e, desse modo, as comunicações são assimiladas sem maiores recalitrâncias.

A medida que se aumentam as informações, contudo, certos tipos de conhecimento tornam-se inverossímeis, isso é, de difícil aceitação para a comunicação do dia a dia – não importa quão bem essem fundadas. A ciência, dessa forma, acaba por se especializar nesse tipo de comunicação.

A escrita, à custa da precisão e do controle, permite a fixação da memória do sistema. nesse sentido, o conhecimento pode se condensar mais facilmente.

Um dos pontos de partida de Luhmann, no que toca à ciência e ao conhecimento, é o ato de observação, “definido como operación de la distinción y la indicación”²⁹. As diferenças fundamentais - estudioso e coisa, significante e significado, etc. - são, como tais, distinções e, assim, observações.

As observações são “reais” enquanto observações do sistema. A realidade não é um mundo “independente do observador.” A referência ao próprio sistema e ao entorno não é nada senão construção elaborada a partir da observação do próprio sistema³⁰. Uma operação “errada” com relação à realidade só pode ser uma outra observação adicional – e, em sendo uma observação, é uma observação do sistema³¹. As definições de serviço público que fracassaram – no sentido de não se tornarem dominantes – são definições do sistema e, por isso, não são menos jurídicas ou menos “reais” do que as definições que tiveram êxito.

²⁹ LUHMANN, Niklas. **La ciencia de la sociedad**. Anthropos: México, 1996. p.59.

³⁰ LUHMANN, Niklas. **A nova teoria dos sistemas**. Porto Alegre: UFRGS, 1997. p. 97: “Ou seja, não existe nada no ambiente que corresponda ao conhecimento, já que tudo que corresponde ao conhecimento depende de diferenciações, no âmbito das quais ele designa algo como isso e não aquilo. No ambiente, por isso mesmo, não existem nem coisas nem acontecimentos quando com esse conceito deva ser designado que aquilo, que é assim designado, é diferente de outra coisa. Nem mesmo ambiente existe no ambiente, já que esse conceito designa algo apenas por diferenciação em relação a um sistema; ou seja, exige que seja dito para qual sistema o ambiente é ambiente.”

³¹ LUHMANN, Niklas. **La ciencia de la sociedad**. Anthropos: México, 1996. p.62.

Uma maneira de pensar o problema que pode ser descartada de imediato é justamente esta, ou seja, pensar que as definições fracassadas não pertencem ao sistema.

Luhmann observa que a distinção sistema/entorno tem mais utilidade que a sujeito/objeto. A idéia é observar como é possível uma certa organização nas observações, e aí Luhmann já vai adiantando a idéia de estrutura do sistema como conhecimento e operação como reconhecimento. Um sistema organizado, como já observado, consegue uma certa continuidade e distinção de suas operações em relação ao entorno. As distinções sistema/entorno simplesmente são observações possíveis, não têm *telos* específicos. São meramente decisões:

De fato surgem ordens autopoieticas auto-referenciais a partir da condensação operativa de diferenciações inaugurais que “violam” o mundo ao longo de um limite que inclui um si-mesmo indexado [ein indiziertes Selbst] e exclui um não-si-mesmo desmarcado [ein unmarkiertes Nicht-Selbst] – isso nos termos da protológica de Spencer Brown, reaproveitados por Luhmann. Tais diferenciações são, por assim dizer, “sem porquê”: elas são “decisões” e como tais atos de poder/violência [Gewalt]³².

A operação de observação é a unidade das operações de distinguir e indicar. Esta operação também é definidora do observado. Esta observação é observada com ajuda de outra distinção. A segunda distinção tematiza a primeira, e, com isso, surge a auto observação de um sistema. A primeira distinção não tem condições de carregar em si valores verdade/falsidade. As observações a partir da distinção verdade/falsidade também não podem elas mesmas se tematizarem. É possível dizer, a esta altura, que as definições jurídicas não são distinções simples, mas sim operações que pressupõem observações sobre múltiplas distinções.

Em um segundo nível, e partindo-se da idéia de que já estão assentadas as premissas de um conceito, existe ainda a operação caracterizada pela cognição de uma comunicação ao sistema de definições.

³² CLAM, Jean. **Questões fundamentais de uma teoria da sociedade**: contingência, paradoxo, só –efetuação. São Leopoldo: Unisinos, 2006. p.112.

Uma observação, de algum modo, é considerada digna de ser conservada e repetida. A isso Luhmann chama semântica³³. Como o conhecimento é uma operação de repetição, ocorre em tempos diferentes; logo, em contextos diferentes. Esta é uma questão interessante de ser pensada com relação ao conceito de serviço público, uma vez que é sob a égide de determinados processos que esse conceito é criado. Trata-se de processos que geram a semântica do sistema. A hipótese desse trabalho é que a semântica de serviço público – dado o modo como o sistema jurídico atua – está na dependência do conceito de serviço público.

Luhmann vê a diferença conhecer/atuar como arbitrária – como, aliás, toda diferenciação. Para o conceito provisto de observação, “observar compreende, entonces, conocer y actuar”³⁴.

Tanto a conceituação quanto a categorização são comunicação. Como tais, são improváveis. Diariamente, juristas valem-se do conceito de serviço público, aplicando-o. Luhmann aborda a improbabilidade da comunicação a partir de um câmbio de premissas iniciais. Ao invés de partir de uma constatação fenomenológica – a comunicação ocorre –, ele parte da comunicação como problema, isso é, de como é possível dar-se comunicação, apesar das dificuldades. Isso conduz a análise para as condições de possibilidade da comunicação³⁵. Essas noções podem ser preciosas para explicar como é possível a definição, mesmo diante de sua improbabilidade.

A primeira das dificuldades é o isolamento das consciências. De fato, sob essa perspectiva de observação, é realmente surpreendente que um doutrinador observe dado instituto, a partir de seu sistema de personalidade, e outra consciência consiga enlaçar essa informação com uma operação do sistema que está a observar. Assim, é surpreendente que alguém observe uma dada situação, por exemplo, de carência de atendimento médico, e ligue tal carência à idéia de

³³ LUHMANN, Niklas. **La ciencia de la sociedad**. Anthropos: México, 1996. p.81.

³⁴ LUHMANN, Niklas. **La ciencia de la sociedad**. Anthropos: México, 1996. p.85.

³⁵ LUHMANN, Niklas. **A improbabilidade da Comunicação**. 3ª ed. Lisboa: Vega, 2001. p. 42.

que a assistência médica é um serviço público essencial a ser prestado pelo poder público, a despeito das idiosincrasias individuais³⁶.

A segunda das dificuldades é a superação da dimensão temporal e espacial para além dos imediatamente presentes, isso é, como é que é possível formar-se comunicação quando falante e ouvinte não estão presentes face a face³⁷. No Direito, isso somente pode ser explicado a partir das práticas jurídicas de sua aplicação, por exemplo, o recurso aos comentários de lei feitos pelos doutos no passado. É comum entre os juristas recorrerem às observações feitas há vários séculos, em países distantes. Isto ocorre pela fixação dessas informações em meios físicos, como o ainda popular livro de papel, e a sua contínua preservação e reimpressão. De fato, não só a lei, mas também seus comentários e interpretações vistos pela doutrina e jurisprudência formam um repertório de memória do sistema, e que, como tal, espalha-se tanto temporal quanto espacialmente. Não há dúvidas de que um sistema tal consegue assimilar muita informação e, com isso, lidar com a complexidade. De outra banda, essas possibilidades aparecem, como se sabe, à custa da precisão da comunicação, haja vista que não há um responsável direto pelo procedimento de gerações de decisões, incluindo os conceitos e, mesmo que houvesse, o modo pelo qual as comunicações fluem no Direito impedem a interpelação e o esclarecimento imediato.

A última das improbabilidades é a obtenção do resultado específico³⁸. No Direito isso se estabelece por uma complexa estrutura de poderes de fala simbólicos e argumentos. Por exemplo, é comum um dado fenômeno jurídico novo ser observado de diferentes maneiras, as quais concorrem por um tempo, e,

³⁶ LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. México: Herder, 2007. p. 51: “En el contexto de la comunicación, entender sería así absolutamente imposible si al mismo tiempo se tuviera que descifrar lo que ocurre psicológicamente. Ciertamente debe presuponerse que la conciencia coopera, aunque ninguno de los que participan en la comunicación puede saber cómo se cumple esto a detalle – ni en las concurrentes ni en sí mismo. Más bien la comunicación (y la sociedad por tanto) debe generar por sí misma el entender que ella necesita”.

³⁷ LUHMANN, Niklas. **A improbabilidade da Comunicação**. 3ª ed. Lisboa: Vega, 2001. p. 42.

³⁸ LUHMANN, Niklas. **A improbabilidade da Comunicação**. 3ª ed. Lisboa: Vega, 2001. p.43. Também: LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. México: Herder, 2007. p. 59: “Con el entender (o malentender) se cierra una unidad de comunicación, sin importar la posibilidad – en principio infinita – de seguir esclareciendo *qué* es lo que originalmente se había entendido [...] La comunicación que acepta o rechaza la propuesta de sentido de una comunicación es *otra* comunicación, la cual no resulta – a pesar de todos los nexos temáticos – automáticamente de la comunicación anterior.”

após exames acerca da força dos argumentos jurídicos, ou de interferências de critérios fora do sistema, como custo ou simpatias pessoais, um determinado conceito se estabiliza, geralmente pela aceitação da maior parte dos juristas que escrevem livros e pelo endosso dos tribunais superiores. Por exemplo, a aceitação de uma dada atividade como serviço público usualmente demora a se estabilizar. Se uma determinada atividade for considerada serviço público, os argumentos contrários formarão, pelo menos, a memória do sistema, reforçando a seleção atual e servindo de repositório para eventual revisão dentro do próprio sistema.

Luhmann acrescenta que as improbabilidades reforçam-se mutuamente e que, por isso, não existe meio direto de facilitar o entendimento entre os homens³⁹. Do mesmo modo, é uma questão se é possível trabalhar com a epistemologia jurídica de modo a facilitar a comunicação e de a tornar as definições e categorias mais operacionalizáveis⁴⁰. Os *meios de comunicação* são elementos para enfrentamento das improbabilidades. Os meios podem ser de várias ordens: linguagem, de difusão e simbolicamente generalizados (dinheiro, poder, influência, moral, verdade e amor)⁴¹. Interessa aqui, em princípio, analisar linguagem e suas interações com os conceitos e categorias.

Depois de estabelecidas essas categorias introdutórias, que serão pano de fundo do que será abordado adiante, e que, de algum modo, apresentam-se

³⁹ LUHMANN, Niklas. **A improbabilidade da Comunicação**. 3ª ed. Lisboa: Vega, 2001. p.45.

⁴⁰ LOPES JÚNIOR, Dalmir. Introdução. LOPES JÚNIOR, Dalmir; ARNAUD, André-Jean (Orgs.). **Niklas Luhmann: do Sistema Social à Sociologia Jurídica**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004. p.14: “Quando dizemos que a comunicação é emissão de uma mensagem, não devemos compreender que essa mensagem é de fato transmitida [...] Se trabalharmos com uma lógica de transmissão de mensagem entre emissor e receptor, estaremos tentados a trabalhar com lógicas lineares, e o conteúdo da percepção estaria, por assim dizer, numa relação direta com o conteúdo da comunicação. Essa uniformidade não é garantida pelo conteúdo da informação, mas somente através do processo comunicativo. A comunicação somente surge se a sugestão for acolhida e traduzida num estímulo. dessarte, comunicação é seleção, mas não só seleção também a ser selecionada. A complexidade deve ser traduzida não apenas como ação, e como seleção de ação, mas antes de tudo, como seleção do que deve ser comunicado. *Ego*, ao expressar algo, o faz selecionando a informação, (se) esta informação é entendida por *alter* através de uma correlação com sua própria recursividade perceptiva, irá gerar um novo procedimento. A comunicação, assim apresentada, deve ser compreendida como uma junção de três momentos: informação (*information*); mensagem (*Mitteilung*) e compreensão (*Verstehen*).”

⁴¹ CLAM, Jean. **Questões fundamentais de uma teoria da sociedade**: contingência, paradoxo, só –efetuação. São Leopoldo: Unisinos, 2006. p.33: “Uma comunicação é medialmente mediada quando se envolve com a particularização funcional que, nas sociedades modernas, é efetuada com cada operação sistemática. A comunicação medial é articulada e moldada em seu conjunto em estreita conexão com as seleções e os códigos da função social bem diferenciada à qual ela corresponde.”

como pressuvido desse trabalho, tentar-se-á perfazer, de maneira rápida e focada no conceito de serviço público, o caminho que vai da distinção ao conceito de algo dentro do Direito.

1.2 Da distinção ao conceito (jurídico)

Na visão de Luhmann, as observações a partir da verdade/inverdade estão hoje ligadas a observações especializadas do conhecimento. Luhmann chama a atenção para uma conquista evolutiva especial, que é a capacidade de identificar os vários sucessos dos diferentes sistemas como unidades. Poder-se-ia dizer, então, que, se uma observação funciona de maneira condensada, tal observação é verdadeira. Óbvio que isso é ainda muito pouco, mas é o conceito de verdade possível a partir de uma idéia sistêmica.

O conhecimento é produzido abaixo do valor da verdade, de tal modo que as comunicações condensadas em forma de conhecimento só muito raramente são postas em juízo, isso é, corrigidas. Para Luhmann, essa é a maneira de se ocultar a improbabilidade de uma correspondência com a realidade: como esta é inacessível, mas a prática comunicativa do dia-a-dia e da ciência a pressupõe, é necessário imunizar o repertório de verdades.

A idéia de verdade pressupõe uma determinada evolução social capaz de diferenciar sistemas sociais funcionais gerais da sociedade (ciência, como no caso) dos sistemas de interação, ou seja, a comunicação entre presentes. Não surpreende que a memória, nesse sentido, seja uma condição de possibilidade da existência de sistemas sociais⁴².

Como só se tem acesso à comunicação⁴³, o sistema acaba possuindo uma verdade e um tempo próprios; os fracassos, contudo, são aliviados pela idéia

⁴² LUHMANN, Niklas. **La ciencia de la sociedad**. Anthropos: México, 1996. p.174.

⁴³ "Toda comunicación fija el tiempo en el sentido que determina el estado del sistema desde el que habrá de partir la siguiente comunicación. De esto hay que distinguir la fijación de sentido que se emplea en el uso destinado a la repetición: el sentido de las palabras, de los conceptos, de las

de hipóteses, que são verdades que valem enquanto coerentes com as teorias e referências vigentes: “Las hipótesis de todas las afirmaciones sobre la verdad o la no verdad significa finalmente que la perspectiva de que en un futuro valga quizás lo contrario, perjudique la afirmación”⁴⁴.

Os enlaces de operações regidas pelo valor positivo do código permitem a entrada na forma e, com isso, a diferença em forma de operações que formam estruturas e novas operações, em um ciclo de reprodução contínua. Os códigos e estruturas são frutos da evolução funcional da sociedade⁴⁵.

A concepção clássica liga a informação da verdade à observação da “realidade” por sentidos humanos⁴⁶. Luhmann diz que essa percepção só é factível comunicativamente, em contextos teóricos e através de conceitos disponíveis ao cientista. Esse autor pretende modificar a perspectiva de que a ciência faz do externo interno; mantém, contudo, o conceito de percepção. A percepção é um acontecimento do sistema psíquico; não é um acontecimento comunicativo, muito embora a observação da percepção o seja⁴⁷. Desse modo, a percepção nunca provoca conhecimento, apenas a comunicação sobre esta: “ninguna comunicación puede reaccionar adecuadamente y punto por punto respecto de las percepciones”⁴⁸. O sistema da ciência, como faz observações de observações, pode, contudo, minimizar esse problema através de aparelhos, métodos, reobservações e uma confiança perante as observações, dada pela sincronização de observações entre os sistemas psíquicos, constatada comunicativamente. A evolução da ciência, de outra banda, leva a um contínuo desprestígio da percepção imediata, cuja utilização é cada vez mais restrita⁴⁹.

Os processos de percepção, associados à comunicação com teorias, com o conhecimento e com o símbolo da verdade são seqüenciados temporalmente, formando cadeias de causalidade.

afirmaciones verdaderas. A esta fijación de sentido de un sistema de comunicación que se destina al uso repetido conduce a consolidaciones en el tiempo.” Ver: LUHMANN, Niklas. **El Derecho de la sociedad**. Universidad Iberoamericana: México, 2002. p.184

⁴⁴ LUHMANN, Niklas. **La ciencia de la sociedad**. Anthropos: México, 1996. p.183.

⁴⁵ LUHMANN, Niklas. **La ciencia de la sociedad**. Anthropos: México, 1996. p.196.

⁴⁶ Mesma opinião de Habermas, em HABERMAS, Jürgen. **Teoría de La Acción Comunicativa: Complementos y Estudios Prévios**. Madrid: Catedra, 1994. p.124.

⁴⁷ LUHMANN, Niklas. **La ciencia de la sociedad**. Anthropos: México, 1996. p.164.

⁴⁸ LUHMANN, Niklas. **La ciencia de la sociedad**. Anthropos: México, 1996. p.164.

⁴⁹ LUHMANN, Niklas. **La ciencia de la sociedad**. Anthropos: México, 1996. p.167.

Apesar de a verdade⁵⁰ circular indiferenciadamente pela sociedade, é no sistema da ciência que ela se torna um código, como observação hipotética de segundo grau. Estruturada que está, opera sempre de modo prognosticável: qualquer operação será sempre uma operação codificada e enlaçada com a estrutura prévia. A ciência é, assim, autopoietica. E a autopoiesis é ateleológica, não tem uma finalidade específica – acontece, apenas. Um sistema auto-referencial mantém sua unidade a partir de seus próprios meios, selecionando os ruídos que compõem o ambiente. O sistema distingue entre o de “dentro” e o de “fora.” No caso da ciência, teoria e fatos⁵¹. É interessante lembrar, contudo, que, para a dogmática doutrinária, são irrelevantes os fatos, de modo que a doutrina se preocupa apenas com teorias, conceitos e categorias, além de preparar o campo para a decidibilidade do Direito⁵².

A única observação possível é a observação a partir do sistema. Logo, a observação da ciência é aquela realizada pela ciência mesma (tautologia). É a ciência que realiza a diferença entre sistema e ambiente; o ambiente não é mais do que reentrada que a própria ciência realiza enquanto distinção⁵³. Os fatos fazem parte dos temas da ciência – a ciência os processa como se ocorressem fora da comunicação, o que, obviamente, não procede.

A ciência também se vale de programas para levar a efeito a coerência no sistema. Os programas assimilam informações e eles mesmos podem variar (o código do sistema nunca varia). Há dois tipos de programas na ciência: teorias e métodos: “las reglas de las decisiones correctas em la comunicación científica son o teóricas o metódicas”⁵⁴. As teorias e os métodos controlam-se mutuamente. Os programas criam condições e permitem observações com mais de uma variável. A partir de suas interações mútuas, as teorias provocam condicionalizações assimétricas, voltadas para fora do sistema, os métodos, condicionalizações simétricas, voltadas para dentro sistema.

⁵⁰

⁵¹ LUHMANN, Niklas. **La ciencia de la sociedad**. Anthropos: México, 1996. p.209.

⁵² LUHMANN, Niklas. **El Derecho de la sociedad**. Universidad Iberoamericana: México, 2002. p. 88: “[...] Si se hala de la distinción entre normas y hechos, entonces se habla de un hecho; precisamente del hecho de que en el sistema jurídico, por razones comprensibles, se utiliza esta distinción. El sistema de la ciencia tiene que ver únicamente con hechos.”

⁵³ LUHMANN, Niklas. **La ciencia de la sociedad**. Anthropos: México, 1996. p.226.

⁵⁴ LUHMANN, Niklas. **La ciencia de la sociedad**. Anthropos: México, 1996. p.290.

Lendo a dogmática a partir dessas categorias, as observações de Luhmann encaixam-se como uma luva. Isto porque as teorias geram unidades capazes de fazer acoplamentos operativos dos conceitos ao resto do sistema jurídico – que também tem seus símbolos, como a justiça (tratamento igual)⁵⁵. Então é necessária uma teoria do serviço público socialmente generalizada e aceita pelo senso comum científico, de modo a realizar essa ligação⁵⁶. E, de fato, existem tais teorias tanto no Direito Administrativo como em qualquer outro ramo do Direito. Os métodos parecem hoje desprestigiados na prática jurídica, mas, de todo modo, ainda aparecem na maneira pela qual os juristas abordam o Direito (hermeneuticamente, comunicativamente, dogmaticamente, etc.). Outras peculiaridades do discurso da ciência, contudo, não são aplicáveis, de modo que é necessária uma reflexão sobre o pertencimento do discurso doutrinário ao sistema da Ciência ou ao sistema do Direito.

Toda a comunicação cotidiana pressupõe condensação, mas, nesse ponto, Luhmann introduz a interessante idéia de que a linguagem científica faz uso mais comum de conceitos: “um observador puede distinguir la ciencia, de la comunicación cotidiana solo por los conceptos.”⁵⁷ Os conceitos demandam comunicações adicionais, de modo que são bem mais bem complexos que as meras operações de diferenciação.

Os conceitos, tomados em si mesmos, não constituem nenhuma teoria – mas as teorias sempre aparecem ligadas a conceitos. As teorias conseguem abstrações (novas diferenças que constituem unidades) e, com isso, novos pontos de comparação. À medida que a complexidade aumenta, variações são mais difíceis, sendo mais comuns as recombinações de teorias.

Las teorías construyen, con otras palabras, la forma en la que las explicaciones pueden ser comunicadas y reformuladas. Construyen interdependencias internas abstractas y ven en ello relacionalidad, lo que conduce selectivamente a la continuidad de la comunicación

⁵⁵ LUHMANN, Niklas. **El Derecho de la sociedad**. Universidad Iberoamericana: México, 2002. p.275-300.

⁵⁶ A atividade dogmática lida e assimila a problemática ideológica, não a eliminando: “Así pues, la tensión existente entre realidad y concepto vuelve a manifestarse de nuevo en el plano de los lenguajes científicos y de las fuentes.” KOSELLECK, Reinhart. **Futuro Pasado**: para una semántica de los tiempos históricos. Barcelona: Paidós, 1993. p.125.

⁵⁷ LUHMANN, Niklas. **La ciencia de la sociedad**. Anthropos: México, 1996. p.94.

científica⁵⁸.

Não há dúvidas de que as teorias são programas complexos, mas, para a expressão do código binário verdade, são também necessários “métodos.” esses processam o tempo e evitam, com seus programas, que determinada comunicação recaia nos dois lados do código, evitando a emergência da aparência do paradoxo. A partir dos métodos, formulam-se os problemas, enlaçam-se as soluções com algum grau de arbitrariedade e temporalizam-se esses fatores. De todo modo, a distinção problema/solução a partir do método dá unidade e, com isso, capacidade de enlace para com o sistema. O método, portanto, tem a função de indicar a melhor solução para o Direito; observadas as questões dessa maneira, irrelevante a matriz teórica a partir da qual se aborda o Direito: será sempre um método.

Para Luhmann, as disciplinas são subsistemas do sistema da ciência. Como tais, estão orientadas para o código binário da verdade. Dentro do sistema também são possíveis distinções do tipo sistema/entorno. Cada uma das disciplinas é o entorno da outra. Esse autor não faz restrições ao tipo de disciplina científica: pode ser desde a física até a pedagogia – passando pelo Direito – muito embora seja um tanto vago quanto a essa última afirmação. Ele parece excluir uma unidade acerca da explicação de como as disciplinas se diferenciam. Elas parecem se diferenciar a partir de diferentes critérios⁵⁹.

Há dificuldades, contudo, em perceber distinções do tipo sistema/entorno nas subdivisões das disciplinas. De todo modo, as disciplinas podem aprender a partir de contatos de umas com as outras. esse é um conhecimento já trivial dentro do sistema jurídico. É claro que o Direito Administrativo não pode ser observado como isolado. Qualquer observação sobre o conceito de serviço público terá de levar isso em conta.

A observação da Ciência tem de ela mesma ser ciência – sem se confundir com esta. isso significa um conhecimento metódico e especializado, cujo objeto é a própria Ciência. esse tipo de conhecimento, por óbvio, também é construído e é fruto da evolução. É o sistema da Ciência que vai produzir esse

⁵⁸ LUHMANN, Niklas. **La ciencia de la sociedad**. Anthropos: México, 1996. p.295.

⁵⁹ LUHMANN, Niklas. **La ciencia de la sociedad**. Anthropos: México, 1996. p.323.

conhecimento especializado em analisar a própria Ciência. A Ciência, desse modo, faz auto-reflexão.

Um dos temas caros é a questão da opinião pública e conceitos. Esta pergunta tem duas dimensões: uma se refere à existência, ou não, de uma esfera pública crítica de exame das definições e categorizações dentro do Direito, gestada por iniciados. A outra se volta à questão de se a opinião geral, ou as comunicações difusas da sociedade, tem alguma relevância para a observação da atividade de definir e categorizar. Esta questão pode ser observada a partir das diferentes relações entre os sistemas parciais. Aqui, contudo, o nível de análise será diferente, muito embora não desça à consciência individual, sob pena de excesso de complexidade⁶⁰. A questão é observar se as categorizações e definições jurídicas chamam a atenção da opinião pública. esse é um tipo de pergunta cuja resposta é um tanto quanto evidente: dada a especialidade desse tipo de discussão, trata-se de comunicações que muito dificilmente chamam a atenção do público não-especializado. esse, no mais das vezes, está interessado no resultado da discussão, quando for o caso, não se prendendo aos detalhes epistemológicos. Daí as razões pelas quais a idéia de Luhmann da opinião pública como meio que dá forma à informação difusa, pelo menos no objeto do trabalho não tem maior interesse⁶¹. De fato, a população possui uma certa noção de serviço público com certeza mais rudimentar do que as observações dos juristas, prenes de nuances. Até porque a população em geral não está vinculada diretamente com a resolução de casos judiciais.

É interessante a questão da esfera pública especializada, contudo. Para Luhmann, a opinião pública é uma espécie de tranquilizante, a partir da qual alguém pode aderir e ser salvo de recriminação⁶². isso pode ser observado como *communis opinio doctorum*, entretanto, em outro contexto, que é o da reprodução das teorias e conceitos enquanto meios de aceitação em uma comunidade profissional. isso pode ser um modo de adesão do jurista à comunidade científica, e, dessa forma, merece ser estudado em seu âmbito próprio⁶³.

⁶⁰ LUHMANN, Niklas. **A improbabilidade da Comunicação**. 3ª ed. Lisboa: Vega, 2001. p.70.

⁶¹ LUHMANN, Niklas. **A improbabilidade da Comunicação**. 3ª ed. Lisboa: Vega, 2001. p.74.

⁶² LUHMANN, Niklas. **A improbabilidade da Comunicação**. 3ª ed. Lisboa: Vega, 2001. p.85.

⁶³ WARAT, Luis Alberto. **Introdução Geral ao Direito, II: a epistemologia jurídica da modernidade**.

A subjetividade é a marca da diversidade. Desse modo, é difícil formar a unidade necessária pelos conceitos. Daí a intersubjetividade, como idéia de direito a expressar a dúvida e participar da produção da unidade dentro do campo da ciência. esse “direito à participação” a partir de mecanismos de reputação que garantem a entrada de sujeitos (cientistas, juristas) em comunidades (científicas/jurídicas)⁶⁴. De fato, poder-se-ia analisar, de modo mais empírico e aprofundado (esse trabalho não faz isso), os mecanismos de reputação que fazem com que uma construção de conceito de serviço público seja mais aceita que outra. Também seria possível verificar o uso da violência simbólica dos critérios de entrada na comunidade científica através do acesso às editoras capazes de difundir mais eficazmente as idéias, prestígio profissional e acadêmico, bem como amizades com figuras-chave para a citação dos conceitos de serviço público nas decisões jurisprudenciais, além de, é claro, as interferências nos resultados das decisões.

Os meios de comunicação – a verdade é um deles – configuram-se como formas que se utilizam da linguagem. Eles carregam algo. No caso da verdade, carregam teorias e assertivas. O meio deve ser diferenciado dos programas – esses dizem o que pode ou não ser verdade. isso tudo acontece mediante a referência a uma codificação – verdade/não verdade⁶⁵. De todo modo, o meio de comunicação também é codificado binariamente.

Os meios de comunicação também permitem a formação da técnica. Esta, por sua vez, permite operações extremamente complexas sem a necessidade de maiores reflexões. É um processo de descarga, nas palavras de Luhmann.

Esse autor percebe uma certa confusão no uso verdade/não verdade, correto/incorreto. Para ele, a verdade é o código do sistema da ciência e meio de comunicação, enquanto a correção refere-se aos critérios de uso do código⁶⁶. Os critérios de correção no sistema ajudam a diminuir a arbitrariedade no uso do código verdade/não verdade.

Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1995. p. 57-100.

⁶⁴ LUHMANN, Niklas. **La ciencia de la sociedad**. Anthropos: México, 1996. p.256.

⁶⁵ LUHMANN, Niklas. **La ciencia de la sociedad**. Anthropos: México, 1996. p.137.

⁶⁶ LUHMANN, Niklas. **La ciencia de la sociedad**. Anthropos: México, 1996. p.145.

O valor positivo da verdade revela a capacidade de enlace com outras operações do sistema. O valor negativo, como reflexão, causa a aprendizagem. A partir da indecisão do conteúdo da verdade, ela pode se manter como meio fluente, sem perder sua credibilidade. A verdade como meio tem, desse modo, a propriedade de, de um lado, ser ambígua e, de outro, ser unívoca, de modo a não admitir terceiros valores, que não a verdade/não verdade.

Qual é o problema que o meio/código verdade visa a resolver? Esta questão tem a ver com o conhecimento. esse tende, diante das diferenças cognitivo/normativo e da ação/experiência, a concentrar-se mais em um dos lados, muito embora não exclua o uso do outro⁶⁷. À medida que o âmbito de informações aumenta, cresce um interesse pelo novo como um conhecimento melhor. A evolução faz com que a ciência se diferencie do Direito, especificando-se em expectativas cognitivas. Ao mesmo passo, a conquista do método imuniza a ciência contra interesses e ações. Uma reflexão possível é a do *lugar e identidade* da dogmática doutrinária, enquanto conhecimento especializado em geração de teorias, conceitos e categorias. A dogmática seria um espaço “cientificiforme”, tem a forma de ciência, mas, como suas construções são orientadas para o Direito/não Direito, e não à verdade/não verdade, residiria ela no sistema jurídico:

Resumiendo: se puede ahora hablar de dogmática jurídica que toma en cuenta la sistemática conceptual y la coherencia histórica. esse material semántico que hace abstracción de la praxis casuística (pero que de ninguna es insensible a ella) ofrece posibilidades de que emerjan las preguntas de construcción. essas preguntas se aprovechan para rechazar las decisiones imposibles, pero también para fundamentar las decisiones que desde hace tiempo corresponden al uso conceptual en práctica [...] Con la diferenciación de la dogmática jurídica (que por sus características inconfundibles es parte del sistema de derecho [...])⁶⁸.

É necessário anotar que a dogmática não se confunde com a Teoria do Direito:

[..] “teoría del derecho” (en singular) [...] se trata de una teoría reflexiva del sistema jurídico orientada hacia la abstracción y hacia la búsqueda de contactos interdisciplinarios; [...] teoría del derecho es

⁶⁷ LUHMANN, Niklas. **La ciencia de la sociedad**. Anthropos: México, 1996. p.157.

⁶⁸ LUHMANN, Niklas. **El Derecho de la sociedad**. Universidad Iberoamericana: México, 2002. p. 335-336.

un esfuerzo de reflexión que pretende averiguar con qué tiene que vérselas el derecho a partir de la concepción que tiene de sí mismo⁶⁹.

A Teoria do Direito seria uma observação mais sofisticada. Precisamente é o que se tenta fazer, ao se observar, a partir da sociologia, o conceito de serviço público. As presenças construções sobre o conceito de serviço público têm por pretensão a reentrada, a busca de contatos interdisciplinares.

É importante notar que a dogmática é um produto de operações do sistema jurídico que representam um esforço de construção de conceitos consistentes e de busca de fundamentos, assumindo seja lá que forma seja. Luhmann reconhece que a prática dogmática é alienada politicamente. Esta observação quanto ao caráter míope da dogmática, contudo, não vem em prejuízo da necessidade de existência de conceitos⁷⁰. Se bem que Luhmann pare por aí, poder-se-ia acrescentar a necessidade de um esclarecimento crítico, a partir de outros atores – o que é feito com Habermas mais adiante. Já preliminarmente apontando o lugar que esse autor ocupa nesse trabalho, comunica-se que ele aparece enquanto Teoria do Direito (como Teoria do Estado Democrático de Direito) que, quando invocada pela observação sociológica, tem a pretensão de reentrada em forma de crítica. Desse modo, as menções a Habermas são apoio à teoria sistêmica, que continua sendo a matriz principal desse trabalho.

Uma teoria como a de Luhmann não iria adotar a idéia de isomorfismo entre ambiente e comunicação, daí o repúdio desse autor às teorias tradicionais acerca da verdade:

De lo anterior se sigue, entre otras cosas, que la ciencia opera bajo la ley de una distinción entre autorreferencia y heterorreferencia, y

⁶⁹ LUHMANN, Niklas. **El Derecho de la sociedad**. Universidad Iberoamericana: México, 2002. p. 64-65.

⁷⁰ LUHMANN, Niklas. **El Derecho de la sociedad**. Universidad Iberoamericana: México, 2002. p. 451: “Es claro que la dogmática no es ningún sistema – y esto tanto en el sentido sociológico como en el sentido jurídico de una construcción a partir de un principio. Más bien la dogmática deberá entenderse como expresión de la necesidad de argumentar en el derecho, mediante conceptos; o como el aseguramiento del concepto frente a la ilimitada cuestionabilidad jurídico-política; es decir: una regla de demarcación frente a un razonamiento permanente en busca de fundamento. El que es “esfuerzo”, por lograr consistencia pueda convertirse en un “ensueño de una praxis apolítica”, y que exista “el peligro de la alineación jurídica respecto a los asuntos y a los intereses, es algo que queda a la mano. Pero esto no habla en contra de los conceptos, sino en contra de una igualación por medio de conceptos, es decir: en contra de orientarse exclusivamente por autorreferencia.”

aprende con el tiempo a evitar la confusión de los hechos con los conceptos, inclusive cuando, y a pesar de que, la epistemología enseñe que en ambos casos se trata de bienes intelectuales propios. En esse sentido, la diferenciación de un sistema autorreferencialmente cerrado aumenta tanto la apertura como la clausura del sistema, tanto la dependencia como la independencia en relación con aquello de lo que el sistema mismo se diferencia⁷¹.

Justamente pelo abandono do isomorfismo – característica da ciência moderna – , ao invés de aumentar a segurança, provoca justamente o contrário, ao dar-se conta do caráter problemático do conhecimento. Ao mesmo tempo que provoca insegurança, a ciência tem de criar os mecanismos de assimilação das inseguranças, tais como controles sociais. De outra banda, a autonomia da ciência não permite equivalentes funcionais com relação ao código: a verdade só pode ser substituída pela verdade.

Estabelecidos esses marcos, pode-se avançar ao cerne do capítulo. Diferenciar é traçar um limite. Quem traça um limite, cria dois lados. A forma da diferença é, portanto, a unidade (limite) de uma dualidade (lados). Uma diferenciação não é, por assim dizer, “automática” ou “ontológica.” A distinção é uma necessidade da produção de sentido no mundo⁷². Diferenciar é também uma operação do sistema⁷³.

Há questões que devem ser respondidas para que se diga por que se adotou esta ou aquela distinção:

En cuanto se pretende observar, es decir diferenciar la unidad de esse tipo de forma (a diferencia de los dos lados por ella diferenciados), se presenta la pregunta por qué se escoge precisamente ésta, y no alguna otra diferenciación, o sea, por qué éste y no otro límite, cuyo cruce pudiera ser condicionado⁷⁴.

As palavras, nese sentido, são eficientes como formas⁷⁵.

⁷¹ LUHMANN, Niklas. **La ciencia de la sociedad**. Anthropos: México, 1996. p.229.

⁷² CLAM, Jean. **Questões fundamentais de uma teoria da sociedade**: contingência, paradoxo, só –efetuação. São Leopoldo: Unisinos, 2006. p.114: “Quando o mundo se organiza sem exclusões, ele incorre numa contínua sobredeterminação de seus conteúdos.”

⁷³ LUHMANN, Niklas. **El Derecho de la sociedad**. Universidad Iberoamericana: México, 2002. p.106: “Desde el punto de vista estrictamente objetivo se pueden llegar a describir las operaciones como producción de diferencia. Algo se vuelve distinto después de una operación y, mediante la operación, ese algo es distinto que sin ella.”

⁷⁴ LUHMANN, Niklas. **La ciencia de la sociedad**. Anthropos: México, 1996. p.63.

⁷⁵ LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. México: Herder, 2007. p.169: “Con ayuda de lo que ya es forma (es decir, de las palabras) se puede constituir un sustrato medial nuevo: una

A primeira redução é a distinção, com a qual se abre a possibilidade de descrição, uma vez que se indica ou um ou outro lado da distinção. Um movimento à ausência de distinções é a entropia e, logo, o fim da diferença e, com isso, o fim também da comunicação. A ausência de distinções é o *tanatos*, e, como meio de enfrentamento desses medos, o homem teve de criar distinções aplicáveis para o além-vida, em um exemplo de paradoxalidade: o vivo indicando diferenças nos não-vivos.

Uma distinção abre uma possibilidade de assinalar algo à custa de outras:

O sentido e seus correlatos ontologizados (as “coisas”) são os resultados de operações de diferenciação, que sempre fazem parte de um conjunto abrangente indeterminado de diferenciações alternativas possíveis também de outra maneira[...] Toda decisão / diferenciação produz a pergunta pela sua própria legitimação: com que “direito” foi decidida esta diferenciação e não uma outra?⁷⁶.

As distinções podem se repetir sob determinadas circunstâncias e, com isso, adquirir estabilidade. Determinadas distinções se estabilizam ante a especificidade concreta de uma outra observação. Não há dúvidas sobre isso, visto que os conceitos e categorias adquiriram estabilidade no sistema.

A cada vez que se indica algo, indica-se esse algo, e não outra coisa. esse “não outra coisa” é outro lado de um *crossing* da distinção⁷⁷. A distinção serviço público/não serviço público é absoluta nesse sentido. Luhmann segue uma distinção a partir da qual pode seguir trabalhando. Trata-se das distinções que incluem e das que excluem. As do primeiro tipo são aquelas em que em um

cantidad muy grande de palabras acopladas flojamente entre sí que luego en las frases se acoplan de manera firme, sin que con cada acoplamiento el sustrato medial llegue a consumirse sino más bien a renovarse. Toda frase consiste de componentes que pueden utilizarse a placer (las veces que se quiera), con lo cual la permanente formación de frases regenera el acervo de las palabras de un idioma. Las frases condensan y confirman (por tanto enriquecen) el sentido de cada palabra, pero también relegan al olvido palabras que nunca se reutilizan. Sólo las frases pueden relacionarse en la urdimbre recursiva de la comunicación lingüística. Pueden anticiparse con la configuración vaga de una palabra o recordar como sentido que ha quedado fijo; se pueden citar, divulgar conforme a su sentido, afirmar, revocar. Acoplando y desacoplando el léxico las frases transportan la *autopoiesis* del sistema. Forman un nivel emergente de la constitución comunicativa del sentido y esta emergencia no es otra cosa que la *aupoiesis* de la comunicación lingüística, que crea su propio sustrato medial.”

⁷⁶ CLAM, Jean. **Questões fundamentais de uma teoria da sociedade**: contingência, paradoxo, só –efetuação. São Leopoldo: Unisinos, 2006. p.181.

⁷⁷ CLAM, Jean. **Questões fundamentais de uma teoria da sociedade**: contingência, paradoxo, só –efetuação. São Leopoldo: Unisinos, 2006. p.140: “A pergunta por todo e qualquer “é” transforma-se nas perguntas duplicadas pelo “é e não-é”, “não-é e é”: e preciso perceber por toda parte os pressuístos não-existentes, entretanto indispensáveis, de todo e qualquer “é”[...]”

lado se inclui o designado, e o resto não tem validade, por exemplo, as palavras e os conceitos. Nas distinções que excluem não há uma relação de validade, mas, sim de oposição, como na de sistema/entorno. Marcar algo que está “dentro” do direito não significa dizer que o que está “fora” é “inválido” ou “errado”⁷⁸. No caso do conceito de serviço público, trata-se de uma distinção que exclui, dado que o outro lado do conceito é um valor negativo e de reflexão.

Cada distinção é a introdução e a dissolução de um paradoxo. Uma distinção, nas palavras de Luhmann, marca um campo e volta a entrar no campo distinguido. O paradoxo está no fato de que a distinção é ponto de partida e, ao mesmo tempo, de chegada. Por exemplo, “aqui” pode estar em oposição a “ali.” “Aqui”, desse modo, é distinção de “aqui” e “ali”, mas é também chegada (reentrada), pois marca o lado distinguido⁷⁹. Do mesmo modo, o serviço público. Trata-se de um paradoxo, vez que a distinção se aplica a si mesma, mas que aparece já dissolvido pelo seu uso. No caso da distinção sistema/entorno, isso é feito de modo dinâmico. Para os fins desse trabalho, contudo, interessa a maneira como isso acontece a partir das definições. Uma definição “serviço público é aquilo que x” ao mesmo tempo indica dois lados, mas escolhe um deles.

Uma das afirmações mais interessantes de Luhmann é a de que a distinção ontológica (ser/não ser) é apenas mais uma distinção entre outras⁸⁰, daí a renúncia a esse tipo de distinção em favor de outras (como sistema/entorno)⁸¹.

A definição não é automática: é necessário apresentar as razões por que se utiliza esta ou outra distinção. Deve-se distinguir – isso é um imperativo da produção de sentido - uma condição de possibilidade! Qual distinção será usada é uma questão de argumentação.

⁷⁸ LUHMANN, Niklas. **La ciencia de la sociedad**. Anthropos: México, 1996. p.273.

⁷⁹ LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. México: Herder, 2007. p. 23: “Si se quiere hacer justicia a la realidad social no debe prescindirse del hecho de que todas las formas de sentido ahí empleadas tienen un lado opuesto que incluye lo que – en el momento de ser utilizadas –se excluye. Trataremos de tomarlo en consideración a través de concepto de sentido; pero también a través del concepto de forma (del concepto matemático de *re-entry* de la forma en la forma) y, de manera central, a través de un planteamiento de teoría basado en la diferencia.”

⁸⁰ LUHMANN, Niklas. **La ciencia de la sociedad**. Anthropos: México, 1996. p.378.

⁸¹ Existem todavia outras interpretações. Ver NAFARRATE, Javier Torres. **Luhmann: la política como sistema**. México: UNAM, 2004. p.26: “Luhmann empieza sus reflexiones sobre la teoría de los sistemas sociales con una afirmación: hay sistemas. Por tanto, no entiende el concepto de “sistema” como instrumento analítico sino, sin ningún tipo de duda de conocimiento, como concepto que designa lo que verdaderamente es un sistema.”

Jean Clam chega, inclusive, a dizer que as diferenciações, no final das contas, não são só arbitrárias, mas também violentas⁸².

No Direito, isso é feito recorrendo-se a diversas técnicas argumentativas, como, por exemplo, os traços comuns entre institutos, ou decompondo-se dado instituto em elementos. Quem indica um dos lados deve ser capaz de dizer, em primeiro lugar, por que uma determinada distinção é relevante e por que razões, e, em segundo lugar, porque ela torna possível cruzar a fronteira de uma distinção para outro lado.

No caso do serviço público, isso é relevante dado o *script* do serviço público, isso é, quais as conseqüências que são deflagradas a partir da aceitação de algo como serviço público. É necessário descobrir o que faz com que algo cruze a fronteira entre o serviço público/não serviço público, isso é, a unidade da diferença.

As diferenciações ocorrem em momentos diferentes e, por isso, não podem ser simultâneas. Não é possível diferenciar e observar ao mesmo tempo. Isso requer tempo. As conseqüências para o direito são bem interessantes e evidentes. Em primeiro lugar, não há uma distinção ontológica. Trata-se sempre de uma observação de um sistema, de uma comunicação. É uma falácia, portanto, o argumento utilizado pelos juristas, no sentido de que um conceito “capta” os traços essenciais, ou de que uma categoria indica “os traços comuns entre os institutos.” São observações do sistema e, nesse sentido, não há um ponto de Arquimedes⁸³ capaz de ancorar um conceito em uma “natureza.” De

⁸² CLAM, Jean. **Questões fundamentais de uma teoria da sociedade**: contingência, paradoxo, só –efetuação. São Leopoldo: Unisinos, 2006. p.114: “A nossa temática parece originalmente possuir dois estágios. Trata-se da ausência de uma razão fundadora (ou seja, trata-se do caráter de decisão originária), em primeiro lugar de toda e qualquer ordem e, em seguida, da ordem jurídica de uma sociedade. Não está em questão aqui a arbitrariedade da diferenciação inaugural escolhida, e sim o seu caráter violento como exclusão inflexível do excluído (ou seja, dos conteúdos não indiciáveis pela forma delineada). Pois se as diferenciações fundadoras fossem apenas arbitrárias, mas não violentas, não resultaria delas uma paradoxalidade do direito. Se as ordens fossem, quanto ao funcionamento operativo de suas diferenciações, apenas relativas, mas não “duras”, apenas equípolentes, mas não com total coerência destituídas de alternativas, teríamos um mundo em que tudo poderia ser igualmente possível.”

⁸³ CLAM, Jean. **Questões fundamentais de uma teoria da sociedade**: contingência, paradoxo, só –efetuação. São Leopoldo: Unisinos, 2006. p.56: “Hoje não há nenhum saber seguro, nenhuma norma rigorosa, nenhum critério certo que se pronuncie univocamente a favor desse ou daquele lado. O debate oscila entre a ênfase nas vantagens de tal transformação em termos de utilidade e liberdade, de um lado, e uma canonização simbolística das invariantes, de outro.”

todo modo, nem de longe a definição é arbitrária (no sentido de não ter critérios); ocorre a partir dos programas previstos no sistema, e esses programas estão estruturados nas comunicações condensadas no sistema jurídico, sendo acessíveis em forma de princípios ou epistemologia jurídica.

As diferenciações são utilizadas. Quem as utiliza, as considera. Um observador da diferenciação, contudo, pode detectar problemas na diferenciação, atribuindo um valor de arbitrariedade, isso é, de juízo individual, à primeira observação. Não se consegue, com isso, acusar uma diferenciação de desconforme à realidade⁸⁴, mas sim de desconforme ao padrão de expectativas. As expectativas são compartilhadas conforme um senso comum científico. Desse modo, quem discrepa do padrão pode ser acusado de arbitrariedade nas definições. É importante para quem constrói o conceito de serviço público não ser visto como alguém que lança distinções arbitrárias.

O conceito de serviço público é, ele mesmo, uma observação do serviço público. Tal conceito permite a própria existência do serviço público, pois é a partir daí que o Direito vai conseguir observar. Então, é preciso distinguir conceito de serviço público de serviço público.

Assim como o conceito de “terra” não é a terra, de “Direito” não é o Direito e assim por diante, a terra e o Direito só podem ser acessados mediante distinções em forma de comunicação. É necessário gerar formas e observá-las. O sentido de serviço público é um sentido instantâneo: produzido e extinto no momento de sua operação: “El sentido es, entonces, a todas luces una forma de operación histórica, y sólo su utilización enlaza el surgimiento contingente y la indeterminación de aplicaciones futuras”⁸⁵.

Trata-se de uma proposição que só pode vir de um construtivismo radical, ou seja, a idéia de que a coisa em si mesma incognoscível é inviável porque pressupõe a coisa em si mesma: “o conhecimento só é possível *porque* não tem

⁸⁴ CLAM, Jean. **Questões fundamentais de uma teoria da sociedade**: contingência, paradoxo, só –efetuação. São Leopoldo: Unisinos, 2006. p.147: “A deontologização luhmanniana não é uma teoria desconstrutiva, mas uma teoria decididamente construtiva. Seu intuito é abrir caminhos para uma teoria da sociedade que a ajude a conseguir um *design* específico, imune a todas as reontologizações abertas ou sorradeiras.”

⁸⁵ LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. México: Herder, 2007. p. 30.

nenhum acesso à realidade exterior a ele”⁸⁶.

Duas formas e duas estruturas do Direito. Entretanto, o conceito permite o acesso ao serviço público. Permite seu reconhecimento. Na comunicação em geral da sociedade, basta uma observação simples de distinção para se observar algo. No Direito, contudo, os institutos jurídicos são acessados a partir de conceitos, que substituem a unidade da diferença de uma determinada forma. Só se sabe o que é serviço público porque um conceito indica o que é serviço público. Então o conceito de serviço público age como o décimo segundo camelo nas histórias recorridas por Luhmann⁸⁷. A unidade da diferença entre o serviço público/não serviço público é transferida para o conceito de serviço público:

The systems learns its own habits of acting and deciding, accumulating experiences with itself and consolidating, on the basis of previous actions, expectations concerning future actions (structures). The autopoiesis does not stop in face of logical contradictions. It jumps, provided only that possibilities of further communication are close enough at hand⁸⁸.

O conceito faz precisamente esse salto. E com toda a sua polêmica⁸⁹. O conceito de serviço público é aquilo que está e não está ao mesmo tempo no serviço público. É necessário o conceito de serviço público para se saber o que é serviço público, entretanto esse conceito de serviço público é uma outra operação do sistema. A forma do conceito de serviço público caminha, desse modo, sempre junto com a forma serviço público. O conceito de serviço público é aquilo que precisamente vai indicar em qual dos lados uma outra operação vai recair:

El sentido en lugar de proveer con mundo remite al procesamiento selectivo. Y esto vale incluso – como lo veremos – cuando en el

⁸⁶ LUHMANN, Niklas. **A nova teoria dos sistemas**. Porto Alegre: UFRGS, 1997. p.93.

⁸⁷ LUHMANN, Niklas A Restituição do Décimo Segundo Camelo: do Sentido de uma Análise Sociológica do Direito. LOPES JÚNIOR, Dalmir; ARNAUD, André-Jean (Orgs). **Niklas Luhmann: do Sistema Social à Sociologia Jurídica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p.43: “Sem o camelo [há] discórdia e pânico, com o camelo, pelo contrário, [há] decisões ordenadas e satisfatórias. O sentido do camelo está no valor dessa diferença, e o valor de um valor nada mais é que o valor das conseqüências que se pode auferir graças a ele.”

⁸⁸ LUHMANN, Niklas. **Essays on Self-Reference**. New York: Columbia Press, 1990. p.8.

⁸⁹ A divergência da doutrina acerca do conceito de serviço público na Constituição de 1988 é latente e tem sido palco para acirrados debates doutrinários e jurisprudenciais. Assim, a polêmica gira em torno da indagação acerca do que definiria um serviço público, sendo que as divergências emergem quando se trata na sua definição através de seu regime jurídico ou propriamente pela natureza da sua prestação, quais sejam, critério formal e critério material, respectivamente. Por sua vez, ao que se refere a própria dogmática do conceito de serviço público, afirma-se que a Constituição de 1988 recepciona inicialmente um critério subjetivo ou orgânico para definição do serviço público à brasileira. esse tema será debatido com pouco maior profundidade mais adiante.

mundo se forman conceptos (descripciones, semánticas) referidas al mundo; porque esto debe suceder también en una operación con sentido – operación que distingue de lo otro aquello que designa: por ejemplo, el ser respecto a lo existente⁹⁰.

Essa operação é das mais interessantes porque permite ao Direito agir em *uno actu*. Os juristas não refletem sobre o conceito de serviço público separadamente da forma serviço público: indagam-se simplesmente sobre o que é serviço público (tentando vincular suas observações com o ordenamento). Novamente, o conceito de serviço público reduz a complexidade para o Direito, permitindo-o operar de maneira simples e sublimando os paradoxos.

Um dos problemas que é necessário resolver é o da complexidade. Luhmann refuta a idéia de que é possível um conhecimento “adequado” de algo complexo. O que é possível acessar, repita-se, são distinções. essas reduzem a complexidade, mas é difícil falar de uma maneira “correta” de reduzir a complexidade⁹¹. As teorias e métodos são maneiras de realizar essa redução, por exemplo. O sistema opera de maneira a “desrandomizar”, isso é, a transformar operações aleatórias em operações compreensíveis ao sistema. Eis, portanto, a sanha de se encontrar a “natureza jurídica” de cada instituto jurídico, encaixando-a em poucas categorias do direito romano ou da tradição⁹².

Desse modo, pode-se falar de coerência. Mas

Substituiremos esse concepto por el concepto de redundancia informativa, al referirlo, en el contexto de una teoría de la evolución del conocimiento, a una teoría de las funciones evolutivas, a la función de la estabilización⁹³.

A ciência toma por objeto certas comunicações e lhes dá unidade. A unidade não pertence à comunicação mesma, mas ao processamento que a

⁹⁰ LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. México: Herder, 2007. p. 36.

⁹¹ CLAM, Jean. **Questões fundamentais de uma teoria da sociedade**: contingência, paradoxo, só –efetuação. São Leopoldo: Unisinos, 2006. p.182: “Uma diferenciação legítima seria então uma diferenciação verdadeira e correta (feita “com direito”). Como, porém, sob as condições do pensar e do existir pós-metafísico, nenhuma diferenciação pode ser legitimada com base em razões últimas, ambos, a verdade e o direito, aparecem como reflexivamente fingidos e, por razões em última análise suficientemente comprovadas para a finalidade, como pragmaticamente presumidas. Uma pretensão à verdade tem de se mostrar legitimada, mas, em sua tentativa de fazê-lo, encontra pela frente apenas violência originária e diferenciação arbitrária para seu fundamento.”

⁹² LUHMANN, Niklas. **La ciencia de la sociedad**. Anthropos: México, 1996. p.268.

⁹³ LUHMANN, Niklas. **La ciencia de la sociedad**. Anthropos: México, 1996. p.269.

ciência lhe dá. São os conceitos⁹⁴. De fato, quando, sob um mesmo conceito, por exemplo, serviço público, é possível inserir diversos institutos jurídicos, mas, por outro, é possível tratá-los de maneira unitária e, com isso, ganhar em possibilidades de assimilação. Do mesmo modo, quando algo é tratado como serviço público, esse algo se enlaça com todo o *script* pertinente ao regime jurídico do serviço público. Desse modo, de uma operação de pertinência se chega a outras operações típicas do Direito Administrativo, como a principiologia, as garantias, etc. A unidade, por isso, é muito importante para a redução da complexidade e para a geração de outras complexidades. De outra banda, com a unidade que o conceito provê, é possível eliminar a plêiade de distinções internas ao serviço público. O conceito tem essa função, portanto, de simplificar, ou seja, de dar unidade na multiplicidade.

O conceito de serviço público pode ser observado a partir dos esquemas dualidade/pluralidade e precisão/vagueza⁹⁵.

Se se falar do conteúdo do conceito, há pluralidade:

Cada concepto depende de una palabra, pero cada palabra no es un concepto social y político. Los conceptos sociales y políticos contienen una concreta pretensión de generalidad y son siempre polisémicos – y contienen ambas cosas no sólo como simples palabras para la ciencia de la historia⁹⁶.

A pluralidade e a vagueza do conteúdo dos conceitos jurídicos são fundamentais para a manutenção da capacidade de enlace. Lembrando novamente: é a partir do conceito de serviço público que se decide o que é serviço público. Então, entrar do lado de dentro do conceito de serviço público é entrar do lado do serviço público. É necessário lembrar que o sistema jurídico é fechado operativamente mediante atribuição de apenas os dois valores do código; entretanto, é aberto cognitivamente. Esta abertura cognitiva manifesta-se, ordinariamente, mediante a entrada de fatos. Os conceitos podem ser observados

⁹⁴ LUHMANN, Niklas. **La ciencia de la sociedad**. Anthropos: México, 1996. p.236.

⁹⁵ Tomada nesse trabalho em sentido semiológico. WARAT, Luis Alberto. **O Direito e sua linguagem**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1995. p.76: “Um termo é vago, em sentido lato, nos casos onde não existe uma regra definida quanto a sua aplicação. Na prática, os critérios mediante os quais se pretende explicar os significados dos termos gerais da linguagem natural não permitem decidir, na totalidade dos casos, os limites precisos para sua denotação [...]”

⁹⁶ KOSELLECK, Reinhart. **Futuro Pasado**: para una semántica de los tiempos históricos. Barcelona: Paidós, 1993. p. 116.

como estruturas do sistema. Se for assim, eles – como estrutura- enlaçam-se com a observação de fatos. São caminhos para a entrada no sistema. No caso do conceito de serviço público, a pluralidade de conteúdos é importante justamente para a observação dos fatos. Se recolhimento de lixo na cidade é serviço público, submetendo-se ao regime jurídico da execução direta ou indireta, também será se o município o executar no interior; se o conceito de serviço público de transporte público terrestre, executado diretamente ou mediante permissão ou concessão, for contrastado com um novo de tipo de transporte público que ainda não existe, sem dúvida nenhuma, possibilitado estará o engate de regimes jurídicos.

Entretanto, o conceito dá dureza ao estabelecer apenas dois lados e não permitir um *tertio genus*. Essa dureza é fundamental ao sistema jurídico, que precisa de que as operações sejam definidas para continuar operando. Uma decisão sobre a incidência do regime jurídico dos serviços públicos de transporte as *vans* não pode ficar na dependência de uma ambigüidade com relação ao conceito. A decisão se baseia em operações anteriores que têm de apresentar um mínimo de consistência. Luhmann, é necessário lembrar, não é decisionista: “as exigências de consistência jurídica restringem, arbitrariamente em cada caso particular, de forma bem mais efetiva do que uma teoria abstrata da positividade do Direito com seu decisionismo aparente pode dar conta de formular”⁹⁷. Portanto, é possível aprender com Luhmann como buscar esses critérios de consistência.

E o Direito, é sabido, é o sistema que está pressionado a tomar decisões. Nesse sentido, o conceito é preciso: uma vez escolhido um lado, para aquela operação, pelo menos, não há mais dúvidas. A dureza do conceito de serviço público é a dureza do serviço público. Se só há dois lados no conceito, também só há dois lados na forma do serviço público.

O sistema da ciência constrói seus elementos estruturais mediante conceitos. Os conceitos são pontos relativamente fixos – dada sua condensação – na constante autopoiésis do sistema⁹⁸. Luhmann é preciso ao dizer que sua teoria, ao contrário da lingüística, faz oposição entre meras palavras e conceitos.

⁹⁷ LUHMANN, Niklas A Restituição do Décimo Segundo Camelo: do Sentido de uma Análise Sociológica do Direito. LOPES JÚNIOR, Dalmir; ARNAUD, André-Jean (Orgs.). **Niklas Luhmann: do Sistema Social à Sociologia Jurídica**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004. p. 91.

⁹⁸ LUHMANN, Niklas. **La ciencia de la sociedad**. Anthropos: México, 1996. p.276.

esses últimos pertencem ao âmbito da ciência.

Os conceitos não são novas palavras, mas sim “la precisión de las distinciones por médio de las cuales se designa un plexo de cosas”⁹⁹. A técnica de classificação – um dos usos do conceito – é uma conquista evolutiva muito interessante no que toca à redução da complexidade, uma vez que assim não é necessário inventar uma nova palavra para cada novo objeto. À medida que o conceito é introduzido e utilizado, ele se condensa e se consagra em uma determinada área do conhecimento. Os conceitos não são passíveis de decomposição, ou melhor, um conceito só pode ser decomposto por outro conceito que “sean capaces de lograr eso”¹⁰⁰. Desse modo, o sistema da ciência só conhece – observa – aquilo que se pode conceituar. Uma teoria dos conceitos, contudo, pode observar não outros conceitos, mas as distinções que o conceito utiliza, e, nesse sentido, ganhar em capacidade analítica.

Assim como as palavras reduzem a complexidade¹⁰¹ da sociedade, os conceitos reduzem a complexidade da ciência. Eles indicam contextos:

un concepto reúne la pluralidad de la experiencia histórica y una suma de relaciones teóricas y prácticas de relaciones objetivas en un contexto que, como tal, sólo está dado y se hace experimentable por el concepto¹⁰².

Quais são as distinções que o conceito unifica? Esta é uma das questões fundamentais. Existe uma espécie de movimento circular. Só se sabe o que é serviço público porque existem exemplos de serviço público. O conceito de serviço público é formado, em parte, por distinções que só são observáveis quando já se sabe, precisamente, o que é serviço público. Assim, saber, antes, quais são os serviços públicos para a observação das distinções de serviço público. Por outro lado, esses serviços só se tornam observáveis quando enlaçados com o conceito de serviço público. Então, existe um círculo auto-

⁹⁹ LUHMANN, Niklas. **La ciencia de la sociedad**. Anthropos: México, 1996. p.277.

¹⁰⁰ LUHMANN, Niklas. **La ciencia de la sociedad**. Anthropos: México, 1996. p.277.

¹⁰¹ A complexidade da sociedade relembra a própria idéia de sociedade complexa, em que se apresenta uma multiplicidade de atores jurídicos e uma própria inter-relação mediante sistemas e dos vários níveis de poder existentes, e nesse sentido, o próprio direito aparece como algo inacabado, em constante transformação. Ver; OST, François. **Júpiter, Hércules, Hermes**: três modelos de juez. DOXA Cuadernos de Filosofía Del Derecho, n.14, Alicante: Espanã, 1993, p.176.

¹⁰² KOSELLECK, Reinhart. **Futuro Pasado**: para una semántica de los tiempos históricos. Barcelona: Paidós, 1993. p.117.

referencial na formação do significado (tautologia). Como diz Luhmann, em uma abordagem mais à frente, o conceito é redundante. É necessário saber quais são os serviços públicos para se dizer o conceito de serviço público, e vice-versa. Esse círculo só pode ser interrompido pelos programas do Direito. E aí entra toda a problemática. De fato, o Direito pode modificar tal círculo ao inserir informações estranhas e aí modificar o relativo equilíbrio. O trabalho segue a linha de explicar como isso acontece.

Luhmann explica algumas diferenças entre as palavras e os conceitos. As palavras são “context-based”, enquanto os conceitos são mais abstratos, de modo que podem ser usados em contextos mais livres de situações fáticas. O autor rechaça idéias representacionistas ou de semelhança no que toca às palavras e conceitos: são operações do sistema da sociedade e da Ciência, respectivamente¹⁰³. As palavras, quando utilizadas no contexto científico, geram novos acoplamentos operativos, ou, no mínimo, acoplamentos operativos mais complexos – mas isso em nada diminui sua equívocidade.

Devido às conexões que formam a estrutura da ciência, variar um conceito gera efeito em outros conceitos, algo que não acontece com as palavras. Daí a ciência controlar a produção de conceitos. Uma posição curiosa de Luhmann: à medida que os autores fazem uso, cada vez mais, de plurais superteorias (matrizes teóricas), com o câmbio dos conceitos ao gosto da superteoria, provoca-se uma pressão inflacionária em matéria de comunicações possíveis, e, com isso, o emudecimento da Ciência¹⁰⁴.

Devido à clausura do sistema, os sistemas não têm ancoragem no exterior; a eles não se podem utilizar os predicados de verdadeiro ou falso, isso é, não existe um conceito verdadeiro, ou um falso. O problema é evitar a arbitrariedade na seleção das informações do conceito. Os conceitos são submetidos à prova de consistência do sistema e, se dignos de se fixar na memória, ganham capacidade de enlace com o resto do sistema. Então, talvez seja possível dizer, em hipótese, que um critério de utilização dos conceitos seja sua consistência sistêmica.

¹⁰³ LUHMANN, Niklas. **La ciencia de la sociedad**. Anthropos: México, 1996. p.277.

¹⁰⁴ LUHMANN, Niklas. **La ciencia de la sociedad**. Anthropos: México, 1996. p.281.

Uma outra problemática interessante e pertinente é aquela vinculada à interrogação do conceito como decisão. Dentro da dogmática, os juristas¹⁰⁵ argumentam de um tal modo, como se houvesse uma ligação ontológica entre a espécie e o gênero e entre conceito e a “coisa” designada pelo conceito. Ao que parece, em boa parte das vezes, isso é só argumentação de fachada. Pode ocorrer de essa relação estar ligada a relações de custo e benefício. Esta constatação não pode fazer com que não se leve a sério a boa-fé dos juristas: usualmente esses realmente acreditam em uma ligação ontológica entre espécie e gênero. Isto seria dado por características “essenciais”, que são encontradas tanto no gênero, quanto em uma série de espécies. Obviamente que os dados que fazem com que a espécie se amolde ao gênero poderiam ser considerados arbitrários, daí a necessidade de se escolher um “dado essencial”, que os juristas chamam natureza jurídica. Desse modo, a categorização, e, por extensão, a descrição em forma de conceituação de algo no Direito, é apresentada como se fosse uma descoberta de uma verdade, algo inevitável, e não uma decisão entre alternativas.

A maneira como Luhmann¹⁰⁶ vê o problema pode ajudar um pouco na controvérsia. Cada decisão tem uma dupla unidade: relação de diferença entre alternativas e uma delas escolhida¹⁰⁷. A substituição de alternativas por uma delas só pode ser observada com ajuda da categoria do tempo, isso é, há uma sucessão de momentos entre a existência das alternativas e a sua escolha. Antes da escolha, Luhmann observa um espaço de tempo de “tesse” da alternativa. É precisamente sobre isso que se falava um pouco acima. Os juristas põem-se diante de um problema (educação é serviço público?), antecipam soluções e suas conseqüências e depois escolhem a melhor alternativa. Obviamente que a

¹⁰⁵ Mais adiante, o debate sobre a opinião dogmática em mais detalhe.

¹⁰⁶ O próprio Luhmann trabalha longamente sobre os conceitos jurídicos, sem ligá-los com a questão da decisão, contudo: “Toda decisión sobre cuestiones jurídicas – retomaremos esse punto con todos los detalles en el capítulo acerca de la argumentación – tiene que ubicarse a sí misma en el contexto de otras decisiones; es decir, tiene que observar cómo el derecho es observado por otros observadores. En esse sentido, se puede tratar de legisladores: entonces todo depende de la intención de transformar por parte del legislador; o bien se trata de sentencias, y entonces todo depende de cómo el tribunal define el problema del caso y mediante qué consideraciones fundamenta su decisión. Una investigación cuidadosa, incluso teóricamente discutida de tales “rationes decidendi” ha sido desarrollada sobre todo por el Common Law con motivo de la adhesión a los casos precedentes.” LUHMANN, Niklas. **El Derecho de la sociedad**. Universidad Iberoamericana: México, 2002. p.298.

¹⁰⁷ LUHMANN, Niklas. **Organización y Decisión. Autopoiesis, acción y entendimiento comunicativo**. Anthropos: México, 1997. p.10.

questão deve ser examinada com mais vagar, pois as escolhas dos juristas inserem-se dentro do sistema jurídico, e talvez seja necessário observar outros enlaces, a fim de manter a riqueza analítica. É precisamente isso que Luhmann afirma, ao falar das decisões e organizações em geral¹⁰⁸. Uma decisão é uma relação entre alternativas. Decisão não é, portanto, a alternativa elegida, mas sim a existência de múltiplas alternativas, sua análise, e a escolha, em sucessão temporal.

As decisões podem ser observadas mediante esquemas de racionalidade (meio-fim, regra-conseqüência, etc.). esses esquemas de decisão podem ser “melhorados”, mas por outras decisões. Isto significa que “una *mayor profundidad en la comprensión de la realidad* mediante el aumento del número de decisiones, ya que esto se dar a través de decisiones”¹⁰⁹. Com isso o sistema vai ficando mais complexo. À medida que maiores decisões são tomadas, vão surgindo também exigências com relação a maior controle e democracia internas, o que novamente redundará em mais decisão.

Parece não haver dúvidas de que o conceito de serviço público é um tipo de decisão. Põem-se alternativas, e é escolhida uma delas após a sucessão temporal. As alternativas são escolhidas após avaliações críticas e controles sistêmicos, além de, é claro, a cognição de uma série de interesses, como sói acontecer com o Direito. Koselleck inclusive menciona o conceito como campo de “luta”: “La lucha por los conceptos “adecuados” alcanza actualidad social y política”¹¹⁰. Como será observado mais adiante, é necessário que esses interesses não apareçam de modo explícito, contudo. A estabilização do conceito de serviço público está ligada com as lutas e tendências ideológicas que animam a história¹¹¹.

Um questionamento possível a ser levantado é se essas decisões podem

¹⁰⁸ LUHMANN, Niklas. **Organización y Decisión. Autopoiesis, acción y entendimiento comunicativo**. Anthropos: México, 1997. p.17.

¹⁰⁹ LUHMANN, Niklas. **Organización y Decisión. Autopoiesis, acción y entendimiento comunicativo**. Anthropos: México, 1997. p.24.

¹¹⁰ KOSELLECK, Reinhart. **Futuro Pasado: para una semántica de los tiempos históricos**. Barcelona: Paidós, 1993. p. 110.

¹¹¹ KOSELLECK, Reinhart. **Futuro Pasado: para una semántica de los tiempos históricos**. Barcelona: Paidós, 1993. p. 106: “[...] una “sociedad” y sus “conceptos” se encuentran en una relación de tensión que caracteriza igualmente a las disciplinas científicas de la historia que se subordinan a aquéllas.”

ser controladas de modo democrático e quais seriam esses critérios de controle. Antes é necessário precisar que esquema de racionalidade seguem as decisões relativas ao conceito. De todo modo, como a atividade dogmática de produção de conceitos é científicaliforme – bem como um apoio às outras decisões do sistema, o caráter de decisão dos conceitos acaba se diluindo na recursividade do sistema. Se bem que todas as operações são recursivas, uma sentença, por exemplo, advirá de um órgão plenamente identificável e responsável. O conceito dilui-se no sistema. Não há um sujeito responsável pelo conceito de serviço público, de modo que o conceito acaba legitimado, não como uma decisão (embora o seja), mas como uma tradição do sistema. O conceito apresenta-se como já estivesse legitimado, evitando controvérsias. Claro que não é assim, pois o conceito é altamente controverso. Entretanto, as discussões sobre o conceito acontecem em momentos e tempos diferentes da decisão do centro do sistema (nada impedindo que seja concomitante), liberando a decisão de maiores controvérsias.

Como uma distinção pode ter validade por outra coisa senão uma outra distinção? Mesmo a perspectiva cética tem de fundamentar a observação acerca da inviabilidade de uma distinção que provoque validações, e, desse modo, validar esta mesma observação¹¹². Assim, “es necesario disolver las paradojas para poder operar en el contexto del sistema autopoietico”¹¹³.

O processo de apresentação do conhecimento chama-se fundamentação, muito embora Luhmann prefira a idéia de argumentação. A argumentação equilibra a variedade e a redundância, identificando certos conhecimentos ora como novos, ora enquadrando-os dentro das categorias existentes¹¹⁴.

Qual seria o tipo de argumentação subjacente às definições? A resposta o Direito dá através daquelas distinções apresentadas no início do trabalho, como essência, ontologia, etc., combinadas com a produção de sentidos através dos lugares pre-determinados de fala dos participantes do sistema, através da

¹¹² Estranhamente, esse argumento estilo contradição performativa é muito parecido com aquele que é fundamental para a segunda geração da escola de Frankfurt, a qual utiliza esse argumento para demonstrar a racionalidade da ação comunicativa, uma vez que quem nega a racionalidade de uma proposição comunicativa tem de fundamentar racionalmente e comunicativamente esta mesma proposição.

¹¹³ LUHMANN, Niklas. **La ciencia de la sociedad**. Anthropos: México, 1996. p.262.

¹¹⁴ LUHMANN, Niklas. **La ciencia de la sociedad**. Anthropos: México, 1996. p.315.

violência simbólica. Entretanto, um trabalho de mais relevo teria de ir mais adiante do que esse senso comum dos juristas. Uma hipótese seria a seguinte: a argumentação melhor seria aquela que melhor indica os critérios de distinção, a partir de uma referência aos símbolos dos sistemas envolvidos (coerência do sistema científico combinado com a justiça do Direito). Outro critério seria o da redundância.

Do mesmo modo, não há recurso a fundamentações últimas, mas apenas a detecção de paradoxos, os quais são dissolvidos apenas na pluralidade de operações do sistema¹¹⁵.

Como será observado mais adiante, a argumentação é o processo de seleção das operações de variação e inovação do sistema.

Para Luhmann, a inovação é um “*proceso de decisión contrainductivo, un proceso de decisión que decide diferente a lo que era de esperar y así, cambia las expectativas*”¹¹⁶. Analisar a inovação sob o prisma da categorização e da definição pode ser interessante para se entender o direito.

A partir dessa perspectiva, é possível dizer: há uma grande resistência em admitir inovações nessa seara. Admitir inovação seria desligar o *link* que há entre signo e coisa, e, assim, a dogmática teria de renunciar ao seu naturalismo. Entretanto, não há dúvidas de que inovações ocorrem. Essas inovações acontecem, é evidente, dentro de determinados eixos, que serão observados no momento pertinente. Luhmann acrescenta que não são as inovações que mudam as relações, mas sim as modificações nas relações que estabelecem as inovações: essas são “pressionadas” pela força dos acontecimentos. A assertiva parece ser correta: basta ver as modificações que ocorreram no “conceito” de família, e de “união estável”, além da “natureza jurídica” do casamento, cuja categorização torna cada vez mais difícil inseri-lo na idéia de “instituição”, em detrimento do “contrato.”

Una capacidad de innovación deficiente querría decir que se está entregado desamparadamente a los procesos de cambio en curso,

¹¹⁵ LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. México: Herder, 2007. p.136-137

¹¹⁶ LUHMANN, Niklas. **Organización y Decisión. Autopoiesis, acción y entendimiento comunicativo**. Anthropos: México, 1997. p.89.

que se crece sin amparo, que se está impotente [...] ¹¹⁷.

É importante que o sistema jurídico inove em matéria de serviço público, para, justamente, não ficar alienado perante as modificações que ocorrem na sociedade.

Novamente, os problemas a serem enfrentados são os seguintes: (1) a assunção de que a definição é uma decisão; (2) como tal, obedece a esquemas e a critérios de racionalidade do sistema; (3) o conteúdo desses esquemas deveria ser transparente, mas não é; (4) é extremamente difícil estabelecer, de modo epistemológico, esses critérios. essas questões ficarão para mais adiante.

A problemática, desse modo, diz respeito ao modo como um sistema pode dirigir suas operações valendo-se de suas estruturas, modificando essas mesmas estruturas por suas próprias operações. Ganha-se em capacidade explicativa com a diferença variação-seleção-estabilização. A mutação do sistema nunca é casual ou indeterminada, muito embora seja imprevisível; é sempre regulada pela estrutura mesma do sistema.

O sistema detecta alternativas, selecionando-as, mediante uma decisão interna, a qual será estabilizada, formando a estrutura do sistema. Note-se que essas operações não são “fases” de uma autopoiesis: acontecem de modo simultâneo e independente.

A variação é a novidade, usualmente tomada a partir de operações singulares e, pelo menos, deve ser formada de modo a ser cognoscível pelo sistema ¹¹⁸. Contribuem para a aceleração da variação o acoplamento entre comunicação e consciência (esta é uma máquina não-trivial de produção de novidades, selecionando-as previamente as mais viáveis), a orientação ao problema pelo método e o reclame pelo reconhecimento das novas disciplinas. Desse modo, uma informação produzida pelos órgãos políticos é percebida pelo sistema jurídico de diversas maneiras. A primeira delas é selecionar e encaixar essa informação dentro do sistema como “conceito jurídico.” Entretanto, o sistema

¹¹⁷ LUHMANN Niklas. **Organización y Decisión. Autopoiesis, acción y entendimiento comunicativo.** Anthropos: México, 1997. p.96.

¹¹⁸ LUHMANN, Niklas. **La ciencia de la sociedad.** Anthropos: México, 1996. p.397.

jurídico se vale de uma distinção veículo normativo/conteúdo, de tal modo que só indicar que algo é “jurídico” não ajuda na coerência interna do sistema, mas apenas para indicar seu pertencimento. Entretanto, o tão só fato de algo ser norma deflagra uma busca incessante, em forma de “correntes do Direito” para assentar a coerência daqueles conceitos dentro do sistema jurídico. Uma estrutura não pode começar do zero; há de se reportar à tradição do sistema e, com isso, adquirir seus símbolos de justiça e validez. Mesmo um ramo totalmente novo é assimilado pelas mais diversas categorias do Direito. Por exemplo, o direito do consumidor só pode ser entendido, enquanto lido a partir das idéias milenares de norma, suporte fático, preceito, decadência, prescrição, processo, etc.

As estruturas reagem simbolicamente – porque conectadas ao sistema – às variações, selecionando-as. As estruturas acomodam a variação ao código e símbolos do sistema. A seleção é importante porque cria episódios no sistema, dando significado especial a determinado conjunto de operações¹¹⁹.

Finalmente, é na estabilização que se percebe a autopoiesis do sistema, onde a variação é incorporada ao sistema e deixa de ser variação para ser estrutura. Entretanto, esta estrutura permite novamente a autopoiesis do sistema, visto que novas informações podem ser selecionadas enquanto serviço público, bastando, para isso, uma observação que distinga se uma comunicação cruza a fronteira serviço público/ não serviço público.

A proposição mais interessante de Luhmann é a de que não há também reduções corretas: isso é, sequer a epistemologia da teoria dos sistemas é segura sobre ela mesma, precisamente devido à clausura do sistema, que só tem acesso às distinções produzidas de modo comunicativo por ele mesmo. Do mesmo modo, não há um *telos* específico com relação ao conhecimento ou ao conceito¹²⁰. Se há uma pretensão que esse trabalho abandona de pronto é atingir o conceito

¹¹⁹ LUHMANN, Niklas. **La ciencia de la sociedad**. Anthropos: México, 1996. p.411.

¹²⁰ LUHMANN, Niklas. **El Derecho de la sociedad**. Universidad Iberoamericana: México, 2002. p.330: “[...] lo único que acontece en el derecho son cambios puntuales pero no una planificación o un control del sistema como sistema. Según esto, la transformación paulatina del derecho no es consecuencia de actividades orientadas por fines; más bien es resultado de la diferencia entre variación y selección que se reproduce incesantemente: es un depósito de la fuerza viva del proceso evolutivo de la diferencia. Por eso, por de pronto, no hay necesidad de integrar el carácter transformador del derecho en su autorreferencia. No es necesario reflexionar sobre ello: se da por sí mismo.”

definitivo de serviço público¹²¹.

Os sistemas só podem gerar unidade dentro do sistema, mas nunca prevê-la. Desse modo, não existe autodescrição completa. De todo modo, é necessário interromper a circularidade, de maneira a alimentar o sistema com novas informações¹²². É fácil detectar isso a partir das diferentes mudanças ocorridas em todos os sistemas sociais nos últimos anos.

A reflexão, como não poderia deixar de ser, é uma operação do sistema. Trata-se de operações dos sistemas voltadas à própria unidade. Nesse sentido, devem ser superiores às operações operadas sob o código (verdade/falsidade, no caso da ciência). A reflexão é, no final das contas, uma observação de terceiro grau, visso que inclui como o observador de segundo grau leva a efeito a heterorreferência¹²³.

É o observador de terceira ordem quem justamente põe a pergunta de quem pergunta como é possível “isso ou aquilo”¹²⁴. Ele observa as observações que formam os sistemas. A Ciência é um sistema de segunda ordem, ao observar como e o que os observadores observam. Luhmann pretende explicar como as observações de primeira e de segunda ordem se enlaçam.

É a partir daí que Luhmann pretende explicar o que entende por construtivismo, e esta é uma proposição um tanto quanto simples: os sistemas *constroem* estruturas a partir de sua auto-referência de como observam: “todo lo que para un observador es realidad, es realidad gracias a la unidad de la diferenciación que utiliza, es decir, la construcción”¹²⁵. Com essa idéia, abandona-se a necessidade de fundamentação última; não faz sentido achar o ponto de Arquimedes do sistema. No caso do sistema da ciência, o ponto cego – que permite a observação – é justamente a diferença verdade/falsidade – ela mesma

¹²¹ CLAM, Jean. **Questões fundamentais de uma teoria da sociedade**: contingência, paradoxo, só –efetuação. São Leopoldo: Unisinos, 2006. p.150: “Se as diferenciações – com sua designação do existente definido contra o pano de fundo de um Outro não marcado em relação a ele – fossem completas e consistentes, elas chegariam a um término e poderiam assim postular um *telos* para suas efetuações.”

¹²² LUHMANN, Niklas. **La ciencia de la sociedad**. Anthropos: México, 1996. p.336.

¹²³ LUHMANN, Niklas. **La ciencia de la sociedad**. Anthropos: México, 1996. p.345.

¹²⁴ LUHMANN, Niklas. **La ciencia de la sociedad**. Anthropos: México, 1996. p.355.

¹²⁵ LUHMANN, Niklas. **La ciencia de la sociedad**. Anthropos: México, 1996. p.368.

não-observável¹²⁶ (analogamente, o problema do Direito: como fundamentar senão como conquista histórica a diferença Direito/não-Direito?).

A partir dessas observações, começa a fazer sentido o porquê de a escolha metodológica trabalhar com a teoria dos sistemas (e, com isso, a indagação pelas funções). Como não há acesso à essência, o serviço público vai se explicar enquanto se analisam suas funções, ao contrário das proposições positivistas de então:

O funcionalismo, desde há muito a tal incitado pela filosofia, põe-se a caminho para decompor todas as substâncias em funções e comparar tudo o que existe com outras possibilidades. O mundo é assim projectado como um horizonte de outras possibilidades de extrema complexidade. Os sistemas sociais, que no mundo querem existir, devem revelar uma complexidade própria ainda considerável, para se poderem manter. Devem constituir estruturas que conseguem satisfazer exigências contraditórias, que possibilitam uma forte diferenciação interna e, ao mesmo tempo, permitem ao sistema, graças a uma elevada indeterminação, aceitar muitos estados diferentes. O funcionalismo busca um enquadramento conceptual básico de referência, com o qual possa fazer justiça a essas exigências de extrema complexidade¹²⁷.

Assim, esse trabalho busca responder ao porquê de o conceito ter esta ou aquela função, bem como, justamente, no que essa função se enlaça com a conquista evolutiva do sistema do Direito que é o conceito de serviço público.

Diante das reflexões entabuladas até aqui, chega-se às seguintes premissas:

1. O conceito de serviço público engata-se com a forma serviço público. Esse conceito de serviço público é a forma que determina a forma do serviço público. A distinção serviço público/não serviço público não consegue produzir a reentrada na forma sozinha. É necessário um elemento auxiliar para eliminar o paradoxo. Esse elemento é o conceito de serviço público. esse conceito indica os lados do serviço público, permitindo, desse modo, que o serviço público opere, e

¹²⁶ LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. México: Herder, 2007. p. 22: "Observada desde la posición constructivista, la función de la metodología no consiste únicamente en asegurar una descripción correcta (no errónea) de la realidad. Más bien se trata de formas refinadas de producción y tratamiento de la información internas al sistema. Esto quiere decir: los métodos permiten a la investigación científica sorprenderse a sí misma."

¹²⁷ LUHMANN, Niklas. Iluminismo Sociológico. In: SANTOS, José Manuel (Org.). **O Pensamento de Niklas Luhmann**. Universidade Beira Interior: [s.l.], 2005. p.34.

ao mesmo tempo, seja observado. Sem um conceito de serviço público, não há como transpor de um lado a outro na forma serviço público.

2. Nesse mesmo sentido, o Direito observa o conceito de serviço público e a forma serviço público em um só ato. Não se indaga sobre o serviço público a partir dessa dupla estrutura, uma vez que ela deixa à mostra os paradoxos do sistema. O paradoxo é trabalhado pelo Direito de modo a esconder as relações constitutivas entre conceito e aquilo que o conceito observa. Desse modo, os juristas operam não a partir de uma reflexão do conceito, mas a partir de uma idéia de acesso mesmo ao serviço público. Falar do conceito de serviço público, para os juristas, é como falar do próprio serviço público.

3. O uso dogmático do conceito de serviço público reduz a complexidade. Faz isso de várias maneiras: como forma que é, gera uma unidade que só tem dois lados, excluindo o resto da complexidade do mundo. Por outro lado, o conceito de serviço público também reduz a complexidade ao realizar uma operação típica dos conceitos, que é a de agregar outras distinções, abstraíndo-as. Esta função é importantíssima, pois ajuda o Direito a operar na complexidade. O Direito não pode nomear o todo, deve agregar determinadas formas em outras. Enfim, a primeira função do conceito de serviço público é, precisamente, criar uma forma onde o conceito de serviço público esteja dentro, e o que não é serviço público, fora. Com isso, o conceito de serviço público distingue-se dos demais.

4. Do mesmo modo, o conceito de serviço público produz dureza. É necessária para a operação jurídica a dureza conceitual. Se o Direito está pressionado para a decisão – decisões que devem ser válidas, justas e fundamentadas –, é necessário que se criem mecanismos de absorção das incertezas. A dureza conceitual é atingida justamente pelo caráter binário da diferença: não há “meio serviço público.” Ou algo é serviço público, ou não. Comunicações que são discrepantes a ponto de não poderem se enlaçar com serviço público, mas que são julgadas pelos juristas como “parecidas” com o serviço público, terão de vincular-se com outros conceitos, como utilidade pública ou função pública, ou mesmo se ligar a uma nova categoria. Esta determinação contribui para a redundância das operações do sistema, principalmente aquelas

encontradas no centro do sistema, como as que ocorrem nos tribunais.

5. A vagueza, ambigüidade e pluralidade dos conteúdos do conceito, contudo, são inevitáveis, primeiro porque não há ancoragem da comunicação no mundo. Segundo, porque essa ambigüidade é justamente o preço da dureza do conceito. Se se quer cindir o mundo em dois (serviço público/ não serviço público), deve-se aceitar que, na outra ponta, ocorra o contrário. Assim, é inevitável a incidência do conceito da dualidade precisão/vagueza. A quase indeterminação do conteúdo é necessária também devido ao próprio modo de operar do sistema jurídico. Abertos cognitivamente como são os conceitos de serviço público devem manter a capacidade de enlace com as mais variadas conformações sociais, daí ser necessário ao sistema que existam várias opções de enlace. É importante dizer que a pluralidade sempre está no conceito, que admite diversos conteúdos. Como a forma serviço público está na dependência do conceito, o serviço público é completamente duro, inclusive quanto à unidade da diferença: será serviço público aquilo que o conceito de serviço público disser que é serviço público.

6. O conceito de serviço público encontra-se diluído no sistema jurídico. Não há responsáveis diretos pelo conceito, ou, pelo menos, essa responsabilidade é dividida na esfera pública científica. Desse modo, o conceito é percebido não como relação entre opções no tempo – decisão, mas sim como um repertório já legitimado (embora não esteja) pela comunidade científica. O conceito, portanto, é um dos elementos possibilitadores da tomada de decisão por parte do sistema jurídico. Isso não melindra, contudo, uma observação mais sofisticada e distante, onde realmente é possível perceber que, dentre várias opções sobre conceitos de serviço público, nem todas são escolhidas – escolhas realizadas precisamente mediante decisões.

7. Essa recursividade em uma rede de operações também disfarça as operações de inovação. A inovação é diluída, não sendo percebida como tal. O Direito usualmente opera dessa maneira para disfarçar o caráter argumentativo de seus conceitos. Do mesmo modo, as inovações são mais aceitas se aparecem como tradição - memória já consolidada de operações inovadoras de outrora –, dado o caráter conservador do próprio Direito. Se bem que o conceito também

cumpra essa função, pode-se pensar que essa não é necessária à operação do sistema jurídico, uma vez que a evolução do sistema em perceber não só as normas como positivas, contingentes e postas por decisão, mas também os conceitos, parece inevitável.

Assentadas essas premissas iniciais, torna-se possível transpor a observação ao passo seguinte, a elaboração do conceito de serviço público a partir da ótica da função de variação do sistema. Como já foi dito na introdução, não se trata de uma ordem correta de apresentação de funções. Se bem que a função de distinguir pareça a mais óbvia, poder-se-ia seguir qualquer das funções a seguir. Entretanto, como se estabeleceu uma idéia de que o sistema evolui, preferiu-se seguir a lógica de apresentação da evolução dos sistemas de Luhmann, a partir da lógica oscilação-seleção-estabilização.

2 FUNÇÃO DE OSCILAÇÃO/VARIAÇÃO: como o conceito de serviço público traz variação ao sistema

Todo sistema é dotado de mecanismos capazes de observar alternativas a partir de seus próprios parâmetros de código e estruturas. Essas novas alternativas fazem parte do processo de evolução do sistema. Evolução, por óbvio, não significa *telos* – a não ser aquele criado pelo próprio sistema.

Como diz Luhmann, “variación no significa sólo cambio – porque eso ya sería evolución – sino elaboración de una variante para una posible selección”¹²⁸. Com a variação do sistema, estabelecem-se alternativas que permitem a geração de novas possibilidades.

A detecção de alternativas não significa, também, que essas alternativas serão selecionadas e assimiladas ao sistema:

Parece que tanto no campo orgânico quanto no sentido da evolução dos sistemas complexos é necessária a ação conjunta de três tipos de mecanismos: (1) mecanismos de *geração de variedade* no sentido de uma superprodução de possibilidades; (2) mecanismos de *seleção das possibilidades aproveitáveis*; (3) mecanismos de *manutenção e estabilização* das possibilidades escolhidas, apesar do campo de escolha permanecer complexo e contingente¹²⁹.

O conceito de serviço público é um desses mecanismos de variação do sistema, visso que, através de um novo elemento, traz uma comunicação nova e inesperada.

A forma conceito de serviço público é extremamente polêmica, dada sua ligação com a Administração e com a política. Não é à toa, portanto, que o

¹²⁸ LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. México: Herder, 2007. p.867. Ver também p. 358: “A través de la *variación* se modifican los *elementos* del sistema, es decir, las comunicaciones. La *variación* consiste em uma reproducción desvitante de elementos por elementos del sistema. Em otras palabras, consiste em uma comunicación inesperada, sopredente.”

¹²⁹ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p.175.

conceito de serviço público é plural e dado a dissonâncias, como aliás, sói acontecer com a maior parte dos conceitos jurídicos.

Usualmente a doutrina divide a atividade estatal em três grandes eixos: a atividade típica de Estado e governo, como legislar e julgar, o poder de polícia, que consiste na imposição de restrições, condicionamentos e penalidades a particulares e, finalmente, o serviço público, ligado com a idéia de prestação de utilidades pelo Estado.

Lucas Rocha Furtado acrescenta a atividade de fomento como uma quarta categoria. Trata-se de organizar serviços de ajuda para empresas e indivíduos empreenderem¹³⁰.

Conforme a doutrina clássica, é serviço público aquilo que, em primeiro lugar, configura-se em uma atividade estatal destinada às satisfações da população e sujeita a regime jurídico de Direito Administrativo. O titular do serviço público é, em regra, o poder público. Entretanto, serviços de saúde e de ensino, entre outros, são livres à iniciativa privada, de modo que a questão não é tão simples.

É necessário ainda analisar essas questões de forma mais geral. A forma serviço público pode mudar por simples decisões políticas. O foco desse trabalho, contudo, é o conceito dogmático de serviço público. Seria necessário saber, desse modo, por que o conceito de serviço público é importante para a variação do Direito e como esse processo se realiza.

Essa resposta está ligada com o modo de operar do Direito. As observações acerca do Direito formam as suas estruturas, inclusive, a sua auto-observação. A variação é alcançada a partir de concepções diversas de serviço público que concorrem continuamente para alcançar a preferência do Direito.

Pero nos estamos adelantando. Primero, la evolución lleva del procedimiento – en el sentido de episodios procedimentalmente diferenciados y orientados a la obtención de decisiones en el sistema del derecho —, a una claridad mayor de los dispositivos de selección. De este modo se separan las funciones evolutivas de

¹³⁰ FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Direito Administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 696.

variación/selección. La variación asume la mutación del derecho (frecuentemente sin éxito y, a veces sin embargo, con capacidad de confirmación). Sin ella no hay transformaciones evolutivas. La selección asume función de determinar qué concepto es el que corresponde al derecho”¹³¹.

Não é necessário que essa concepção de serviço público seja a preferida do sistema, mas sim que esseja disponível como repositório apto a fundamentar alguma decisão.

Se determinada concepção de serviço público logra ser “repositório oficial” de concepções jurídicas, está apta a ser usada, em tese, em uma decisão futura do sistema, como, por exemplo, uma sentença judicial. Entretanto, a argumentação aqui já está chegando à seleção. De fato, se o objetivo é conhecer como o Direito caracteriza o serviço público, não se pode nem ter pretensões muito altas de exatidão, nem, tampouco, fechar as portas para os equívocos, isso é, para as concepções rejeitadas. Afinal, são operações do sistema e, como tais, produziram diferença:

Uma teoria operacional do conhecimento considera o conhecer como um tipo de operação que ela pode diferenciar de outras operações. Visto como operação, o conhecer ocorre ou não, dependendo de se a autopoiesis do sistema pode ou não continuar com uma tal operação. A consequência mais importante dessa abordagem é que nela não se faz nenhuma diferença, se o conhecer produz verdade ou equívocos¹³².

Por função de oscilação, pretende-se descrever apenas como o sistema jurídico cria novas alternativas. Se essas são dignas de permanecer no sistema, aí já se trata de outro assunto.

Para uma comunicação ser observada como serviço público, ela deve, em primeiro lugar, recair no lado jurídico do código Direito/não Direito. É o primeiro requisito. Em segundo lugar, ela deve ser capaz de realizar acoplamentos operativos com o sistema. Deve ser capaz de formar redundância. Se esta redundância se sustenta, ou não, é uma questão de seleção do sistema.

¹³¹ LUHMANN, Niklas. **El Derecho de la sociedad**. Universidad Iberoamericana: México, 2002. p.324.

¹³² LUHMANN, Niklas. **A nova teoria dos sistemas**. Porto Alegre: UFRGS, 1997. p.98.

A função de oscilação é importante em dois momentos: criação de novas alternativas de conceitos de serviço público para a reciclagem do próprio sistema, bem como reconstrução do conceito em vista de novas possibilidades, como, por exemplo, quando surgem novos serviços que são percebidos pelo público como devendo ser serviço público.

Para que o sistema jurídico oscile, é necessário que a comunicação recaia no lado jurídico da distinção constitutiva do código do Direito. Para tanto, é necessário trabalhar algumas premissas, visso que essa constatação não é trivial.

2.1 Um dos lados do código do Direito

O primeiro passo para se conhecer um serviço público é a partir do código do Direito:

El punto de partida consiste, entonces, en reflexionar cómo las operaciones producen la diferencia entre sistema y entorno, y cómo esta diferencia requiere necesariamente de recursividad para que las operaciones puedan reconocer el tipo de operaciones que les pertenecen (y excluir las que no). Las estructuras son necesarias para que se lleven a cabo los enlazamientos altamente selectivos de las operaciones¹³³.

O Direito se autoproduz mediante a atribuição dos valores do código. O sistema se descreve como objeto, não como conceito¹³⁴ (o conceito é necessário para as operações internas do sistema, como o serviço público). O código do sistema, isso é mais do que sabido, é o código Direito/não-Direito. A codificação faz parte de uma operação de diferenciação do Direito. Junto com a codificação, caminha a função predominante do Direito, que é a manutenção de expectativas normativas.

¹³³ LUHMANN, Niklas. **El Derecho de la sociedad**. Universidad Iberoamericana: México, 2002. p. 97.

¹³⁴ LUHMANN, Niklas. **El Derecho de la sociedad**. Universidad Iberoamericana: México, 2002. p.108: "Todavía debe tomarse en consideración que la autorreferencia describe siempre al sistema como *objeto*, y no como *concepto*. Con esto lo que si quiere decir es que el sistema se diferencia de todo lo demás y no sólo de algunas cosas específicas. Esto se corresponde con la relación indeterminada (y sólo determinable mediante una reducción de complejidad propia del sistema) con el entorno."

Desse modo, o serviço público tem de recair do lado de dentro do sistema, se se estiver a falar de algo “jurídico.” Esta é uma proposição importante, uma vez que o conceito de serviço público poderia ser, por exemplo, uma forma emprestada pela Moral ou pela Política ao Direito, para que esse opere.

O serviço público tem de ser algo que seja capaz de acoplar operativamente com o código do Direito. O

código mismo no es ninguna norma. No es otra cosa que la estructura de un mecanismo de reconocimiento y un procedimiento de coordinación de la sociedad. Siempre que se hace referencia al derecho-de-uno/ no-derecho del otro, este tipo de comunicación se asocia al sistema jurídico¹³⁵.

O código é vazio de conteúdo e não impede qualquer outro tipo de diferenciação interna. A despeito de sua falta de conteúdo, possui a nobre função de ser aquilo que indica a ordem interna do Direito. O código também só pode ser observado a partir de uma observação de segunda ordem, ou seja, a comunicação de primeiro grau pressupõe a asignação do valor jurídico – só quando visso a partir de uma perspectiva de segunda ordem é que se torna visível que a atribuição de algum valor do código é necessária para o Direito.

Além do código, as comunicações mantêm um estilo normativo, formando expectativas jurídicas¹³⁶. A oscilação é o lugar da aprendizagem do Direito. Por vezes, portanto, as expectativas devem ser observadas como cognitivas. Entretanto, o serviço público sempre se apresenta como candidato a obter a forma de expectativa normativa: “Ao nível cognitivo são experimentadas e tratadas as expectativas que, no caso de desapontamentos, são adaptadas à realidade. Nas expectativas normativas, ocorre o contrário: elas não são abandonadas se alguém as transgride”¹³⁷. O conceito de serviço público tem a pretensão de manter-se mesmo quando contrariado. Se um município age de

¹³⁵ LUHMANN, Niklas. **El Derecho de la sociedad**. Universidad Iberoamericana: México, 2002. p.126.

¹³⁶ LUHMANN, Niklas. **El Derecho de la sociedad**. Universidad Iberoamericana: México, 2002. p.149: “La autopoiesis del derecho se reconoce a sí misma por lo inalienable del estilo normativo de las expectativas – que son la base del procesamiento de las comunicaciones jurídicas. Esto sucede, en la práctica, haciendo referencia al derecho vigente, que es el que orienta las pretensiones y las decisiones autorizadas. Una segunda seguridad subyace en la referencia al esquematismo binario: conforme a derecho/ no conforme a derecho.”

¹³⁷ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p.56.

modo a que não seja considerado serviço público, por exemplo, o serviço de recolhimento de lixo, isso provoca não a aprendizagem, mas sim o protesto pela descontinuidade da comunicação.

Como é que algo se vincula com os valores do código? Através dos programas. O Direito, é sabido, trabalha com programas finalísticos e condicionais. O serviço público está ligado, em parte, aos dois tipos de programas. É meio de alcance de determinados fins extremamente abertos. Também está ligado com determinadas expectativas ligadas a programas condicionais. esses esclarecimentos ficam, entretanto, para outra ocasião (sétimo capítulo).

A necessidade de fixação das condições para que as decisões sejam consideradas corretas cedo se vincula a uma tendência ao *condicionamento* das normas jurídicas. Isso não se expressa, necessariamente, na formulação dos princípios jurídicos, mas fica claro na sua utilização através de decisões. Sua forma básica é a seguinte: se forem preenchidas determinadas condições (se for configurado um conjunto de fatos previamente definidos), deve-se adotar uma determinada decisão. Com esse formato especial, o Direito significa não apenas uma expectativa comportamental justificada, e também não mais a indicação ética de um bom objetivo, cuja atualização realiza a essência da ação e a virtude do ator. Mais que isso, agora o Direito estabelece uma expectativa condicional, no sentido de uma relação se/então entre conjuntos de fatos e conseqüências jurídicas, cuja execução pressupõe o exame e a seleção, ou seja, um ato decisório¹³⁸.

Obviamente, se algo for considerado serviço público, e a norma não se aplicar a esse serviço público, estar-se-á a tratar de uma decepção. O programa condicional não garante que a conseqüência ocorrerá sempre. Entretanto, esse programa condicional permite a assimilação da incerteza: serviço público sempre será tratado como serviço público. Do mesmo modo, o programa permite o “desafogamento da atenção e da responsabilidade com respeito às conseqüências da decisão”¹³⁹. Não importa que o serviço público de educação

¹³⁸ LUHMANN, Niklas. **Sociología do Direito II**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985. p.28.

¹³⁹ LUHMANN, Niklas. **Sociología do Direito II**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985. p.31.

possa, incidentalmente, provocar uma situação propícia ao *bulling* – é impossível prever todas as conseqüências da ação de considerar-se algo serviço público.

O Direito gera a idéia de que só expectativas que valem a pena se transformam em normas. O serviço público é uma delas. Espera-se que o poder público providencie o serviço público e esse seja adequado, não importa quão frustrante seja a realidade¹⁴⁰. Sabe-se que, dentre as tantas possibilidades possíveis, pelos menos algumas podem adquirir segurança contra as frustrações.

“Lo decisivo más bien está en la producción de una diferencia entre sistema y entorno.”¹⁴¹ O código, desse modo, permite que se reproduza continuamente, mediante a *autopoiesis*, a identidade do Direito. O Direito, fechado operativamente que é, determina a produção de suas próprias estruturas e a observação do mundo – inclusive do entorno¹⁴². Com essas operações, o sistema do Direito consegue fazer face à complexidade do entorno e manter a sua identidade e funções próprias.

Retomando novamente a argumentação: uma argumentação será jurídica se conseguir se ligar com o código. Os programas determinam quais comunicações – comunicações essas que têm um estilo normativo – se ligam com o código do Direito:

El código no permite que el sistema se cierre; permite sólo que se enlace. Precisamente por esto queda abierto cómo es que se asignan los valores derecho/no-derecho y lo que en esta perspectiva es lo correcto (o lo incorrecto). Llamamos programa a aquella regla que decide acerca de la asignación de los valores (independientemente del margen de interpretación). Pensamos, como programas, en las normas jurídicas, pero también en otras premisas de decisión del derecho: la autovinculación surgida de los prejuicios en la praxis de los tribunales. La clausura operativa del sistema está asegurada mediante la codificación; en el nivel de la programación, se puede determinar todavía qué aspectos y en qué ocasiones el sistema tendría que procesar cogniciones. En las sociedades cada vez más

¹⁴⁰ LUHMANN, Niklas. **El Derecho de la sociedad**. Universidad Iberoamericana: México, 2002. p.194: “En vistas del innegable incremento incontrolado de las expectativas normativas (costumbres, exigencias morales, hábitos – que al ser violados adquieren notoriedad), el derecho tiene la función de estabilizar la expectativa de la norma, y esto sólo se puede llevar a cabo cuando existe una selección de las expectativas que realmente merecen la pena.”

¹⁴¹ LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. México: Herder, 2007. p. 45.

¹⁴² LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. México: Herder, 2007. p. 67: “Juntas – clausura/autodeterminación/autoorganización -, hacen que el sistema se vuelva altamente compatible – y en esto se muestra la ventaja de la evolución – con el desorden del entorno [...]”

complejas, esto conduce a que el derecho adquiera una amplia capacidad de impresionabilidad frente a condiciones no fijas del entorno¹⁴³.

É necessário trabalhar apenas com esses dados mais gerais. Procurar conteúdos específicos além das distinções primárias é fechar a cognição e a oscilação do sistema. O próprio sistema jurídico tem a função de dar forma jurídica às concepções cambiantes que fluem na sociedade. Sob determinada observação, o Direito pode ser o lugar da novidade, não da conservação¹⁴⁴. O conceito de serviço público tem, precisamente, esta função de ser lugar de novidade e lugar de acoplamento operativo com o código. Precisamente é o que o Luhmann pensa, tendo em vista que esse repudia a possibilidade de conceitos muito específicos:

La discusión sobre los conceptos jurídicos se ha distorsionado porque se piensa que los conceptos deben ser conceptuados muy puntualmente mediante la determinación de características muy específicas. Correspondientemente se cree que la razón de validez del concepto está contenida en el contexto del sistema, o en el principio de que el concepto describe la unidad del sistema. Esto da la impresión de que el concepto es válido por si mismo, reforzado por la representación del siglo XIX, de que la dogmática jurídica era fuente del derecho. Con la renúncia teoría al concepto de cualidad de fuente del derecho se requiere aclarar la relación entre conceptualización jurídica y dogmática jurídica¹⁴⁵.

A partir da especificidade se poderia ganhar em engajamento para ação. Entretanto, o sistema – dentro das suas capacidades atuais de assimilação de complexidade – não tem mais como continuamente precisar mais os conceitos, visso que seriam necessários milhares deles para dar conta das operações do Direito. Os conceitos, desse modo, hão de ser abertos o suficiente para permitir novas possibilidades.

É necessário lembrar, também, que essas operações de oscilação, seleção e estruturação acontecem simultaneamente, se bem que o próprio

¹⁴³ LUHMANN, Niklas. **El Derecho de la sociedad**. Universidad Iberoamericana: México, 2002. p.149.

¹⁴⁴ LUHMANN, Niklas. **El Derecho de la sociedad**. Universidad Iberoamericana: México, 2002. p.151: "El sistema del derecho es aquel órgano de la sociedad del que se echa mano para dar forma jurídica a las concepciones cambiantes sobre el mundo [...] Visto desde la perspectiva del sistema jurídico debe quedar instalado un filtro por el que los cambios en la opinión pública se tomen como motivo de aprendizaje, es decir, cognitivamente y no, por ejemplo, como imposición directa de nuevas normas."

¹⁴⁵ LUHMANN, Niklas. **El Derecho de la sociedad**. Universidad Iberoamericana: México, 2002. p.451..

sistema cria artificialmente episódios, como, por exemplo, uma decisão inaugural em forma de precedente ou uma grande obra doutrinária. Do mesmo modo, as operações estão enlaçadas umas com as outras. Então quando se está a falar de oscilação, é necessário lembrar que a oscilação só é possível diante de determinadas estruturas do Direito. essas estruturas do Direito estabelecem lugares de fala e práticas, como posições acadêmicas e em tribunais. Elas formam o senso comum antes descrito.

Desse modo, o que se estabelece a seguir são as distinções que se verificam para a formatação do eixo de oscilação do sistema. Se é necessário que a comunicação em questão esteja acoplada operativamente com o código, também é verdade que uma comunicação deverá estar vinculada a alguns critérios para poder ser conhecida como novidade acerca de serviço público. É o que será visso a *infra*.

2.2 As distinções fundamentais do conceito de serviço público

Duas são as distinções que aparecem no conceito de serviço público. São as distinções serviço/não-serviço e público/privado. O conceito de serviço público varia em diversos outros elementos. Ora serviço público deve estar previsto na Constituição, ora em lei ordinária; ora é exclusivo do poder público, ora pode ser prestado pela iniciativa privada; ora abrange fomento, ora o exclui; ora gratuito, ora remunerado; ora universal, ora seletivo – enfim, as possibilidades são muitas. É necessário para o sistema que existam essas diversas alternativas de conceito como repositório de reserva, para a futura adaptação e tomada de decisão.

Entretanto, somente aquelas duas distinções são as distinções capazes de formar a primeira operação de redundância no sistema. Outras serão necessárias para que um conceito seja selecionado, reconhecido e aceito.

O sistema só conhece algo como serviço público se o conceito integrar aquelas duas distinções. Esta observação é pertinente nesse contexto onde se fala da função de oscilação. O conceito de serviço público tem a função de trazer a novidade para dentro do sistema. Entretanto, só traz novidade enquanto serviço público. Dessa forma, o conteúdo primário dessa função é: o conceito oscila sobre quê? Sobre as distinções acima referidas.

Essas duas distinções estão ligadas fortemente ao sistema. Isso não significa que não possam ser extintas ou esquecidas, mas ocorre que, no estado atual do sistema, elas representam operações de profunda importância para o Direito.

A pergunta seguinte é: por que essas distinções e não outras? A primeira resposta é por que elas formam a primeira redundância e enlace no sistema. A segunda resposta é que o serviço público evoluiu como um resultado específico do Direito, em co-evolução com a Política e Administração. Finalmente, é possível procurar uma justificação normativa para aquelas duas distinções.

Não é necessário muito argumentar sobre a questão da redundância. Dizer que o serviço público é um serviço público sequer chama a atenção dos juristas, dada a tautologia. Entretanto, é preciso esclarecer o processo de variação. O sistema só cria alternativas para o sistema. Desse modo, só são relevantes alternativas jurídicas. Só são relevantes para uma cognição do serviço público aquilo que estiver ligado com a unidade de suas distinções fundamentais.

O porquê de essas distinções serem usadas se explica historicamente. Essas primeiras distinções foram elas mesmas processos de oscilação no passado. Entretanto, hoje formam a estrutura do sistema. Resolvem problemas específicos.

Habermas será usado como valor de reflexão normativa para uma tentativa de reentrada no sistema jurídico¹⁴⁶.

¹⁴⁶ BÔAS FILHO, Orlando Villas. **O Direito na Teoria dos Sistemas de Nils Luhmann**. São Paulo: Max Limonad, 2006. p.85. "Habermas é por excelência o representante da visão progressista do pensamento europeu que Luhmann sempre refutou por meio de sua crítica às

O autor¹⁴⁷ discute acerca da racionalidade nas sociedades antigas e nas sociedades modernas. Muito embora essa seja uma discussão muito longa na Teoria da Ação Comunicativa¹⁴⁸, nesse trabalho, prescindir-se-á de maiores observações. Importa ressaltar, aqui, o resultado dessa discussão: o pensamento moderno diferencia pretensões de validade e, portanto, formas de argumentação e instituições sociais. Existe, nas sociedades primitivas, um nivelamento entre “faticidade e validade.” O que é estável, é a verdade, ao contrário da maior abertura à crítica (relativamente às sociedades primitivas), que caracteriza as sociedades modernas¹⁴⁹. O belo, o verdadeiro e o correto confundem-se nas sociedades primitivas. Essa maior abertura à crítica nas sociedades modernas, sem dúvida nenhuma, manifesta-se em proposições mais universalistas¹⁵⁰ nos seus respectivos âmbitos de validade (ao mesmo passo que ocorre a diferenciação nos mundos objetivo, subjetivo e social, nas palavras de Habermas). Precisamente aí reside o surgimento do serviço público enquanto criação moderna. O serviço público é uma instituição jurídica voltada à transformação da sociedade. A sociedade como está – deixada em seu estado “natural” – é vista como algo a ser superado. O serviço público é fruto de uma evolução, precisamente uma evolução voltada a fazer a sociedade evoluir.

pretensões emancipatórias de uma tradição humanista que se encontra arraigada a dogmas que remontam ao Iluminismo.”

¹⁴⁷ Boa parte dessas reflexões são aproveitadas da dissertação de mestrado do autor. As questões gerais foram mantidas em sua redação original, enquanto as específicas foram reescritas. Ver: RECK, Janriê Rodrigues. **Dissertação de Mestrado**. Inédita. A Construção da Gestão Pública Compartida: o uso da proposição habermasiana da ação comunicativa na definição e execução compartilhada do interesse público. Santa Cruz do Sul, 2006. Orientador Prof. Dr. Rogério Gesta Leal.

¹⁴⁸ HABERMAS, Jürgen. **Teoría de la Acción Comunicativa, I**. Madrid: Taurus, 1999. p.71-110.

¹⁴⁹ HABERMAS, Jürgen. **Teoría de la Acción Comunicativa, I**. Madrid: Taurus, 1999. p.78-79: “[...] validez se confunde con eficacia empírica. Aparte de eso, aquí no podemos pensar todavía en pretensiones de validez diferenciadas: en el pensamiento mítico las diversas pretensiones de validez, que son la verdad proposicional, la rectitud normativa y la veracidad expresiva, todavía no están diferenciadas en absoluto. Incluso el concepto difuso de validez en general aún no está exento de adherencias empíricas; conceptos de validez tales como moralidad y verdad están amalgamados con conceptos relativos a nexos empíricos, como son los conceptos de causalidad y salud. De ahí que la imagen del mundo constituida lingüísticamente pueda ser identificada hasta tal punto con el orden mismo del mundo que no pueda ser reconocida como tal en su calidad de interpretación del mundo, es decir, de una interpretación sujeta a errores y susceptible de crítica.”

¹⁵⁰ BEST, Steven. **The Politics of Historical Vision: Marx, Foucault, Habermas**. New York, London: Guilford, 1995. p.160: “in the historical process, societies evolve from an undifferentiated organic unity organized around the family to a highly differentiated structure with complex social roles and forms of individual psychology and developed competencies in communication and Moral reasoning. Historical developments result in a gradual expansion of secular reason over the sphere of the sacred, a tendency toward increasing reflexivity and autonomy, and a movement from tribal particularism to universalism.”

Por outro lado, a razão ocidental permite a descentração, i.e., uma “evolución cognitiva significa em términos generales la decentración de una comprensión del mundo de cuño inicialmente egocêntrico [grifos do autor]”¹⁵¹. Essa descentração de personalidades individuais permite a construção de visões de mundo também descentradas¹⁵². Isto é importante para uma teoria social porque demonstra que existe evolução cognitiva e que a descentração permite a intersubjetividade e, com isso, uma “objetividade” para com o mundo. Essa última afirmativa é fundamentada por Habermas no sentido de que, uma vez libertados os atores de suas perspectivas egocêntricas e abertos à argumentação, podem os atores buscar cooperativamente reproduzir ou mudar seu mundo, interagindo, trocando experiências e formando um pano de fundo comum¹⁵³. Ou seja, o mundo dos participantes pode evoluir e, também, ser modificado. Serviço público é representativo disso: uma instituição de uma sociedade que busca atuar sobre si mesma.

Essa construção de Habermas reflete-se em sua visão da história. Os Estados abandonam a legitimação sacra para assentar-se em uma base de legitimação formada a partir de uma vontade geral engendrada comunicativamente. Ou seja, a racionalização da sociedade, por um lado, leva à erosão da antiga solidariedade, mas, por outro, permite a emergência de suas novas formas. Uma delas é o Direito¹⁵⁴, bem como uma Moral secularizada.

¹⁵¹ HABERMAS, Jürgen. **Teoría de la Acción Comunicativa**, I. Madrid: Taurus, 1999. p.103.

¹⁵² HABERMAS, Jürgen. **Agir Comunicativo e Razão Destranscendentalizada**. São Paulo: Tempo Brasileiro, 2002. p.55: "Na dimensão horizontal das relações que os sujeitos contraem entre si, a suposição de racionalidade recíproca efetuada expressa o que eles, fundamentalmente, esperam uns dos outros. Quando sobretudo o entendimento e a coordenação da ação devem ser possíveis, os atores devem ser capazes de assumir uma posição fundamentada em relação a exigências de validade criticáveis e de se orientarem por exigências de validade na ação própria".

¹⁵³ HABERMAS, Jürgen. **Teoría de la Acción Comunicativa**, I. Madrid: Taurus, 1999. p.103: "El concepto de mundo subjetivo nos permite distinguir del mundo externo no solamente nuestro propio mundo interno, sino también los mundos subjetivos de los otros. Ego puede considerar cómo determinados echos (aquello que él juzga como estados de cosas existentes en el mundo objetivo) o cómo determinadas expectativas normativas (aquello que él juzga como ingrediente legítimo del mundo social compartido) se presentan desde la perspectiva de alter, esto es, como ingredientes del mundo subjetivo de éste; puede además considerar que alter considera a su vez cómo aquello que él (alter) juzga como estados de cosas existentes o como normas válidas se presentan desde la perspectiva de ego, es decir, como ingrediente del mundo subjetivo de éste. Los mundos subjetivos de los implicados podrían entonces hacer de espejos donde lo objetivo, lo normativo, y lo subjetivo del otro, se reflejasen mutuamente cuantas veces quisiera. Pero los conceptos formales de mundo tienen precisamente la función de impedir que el acervo de lo común se evapore en esse libre movimiento del recíproco reflejo de subjetividades; permiten adoptar en común la perspectiva de un tercero o de un no implicado."

¹⁵⁴ HABERMAS, Jürgen. **Teoría de la Acción Comunicativa**, II: crítica de la razón funcionalista.

Ambas as evoluções são possíveis porque, de um lado, existe um processo de descentração e, de outro, um processo de autonomização do sujeito, ou seja, torna-se possível ao indivíduo a escolha e a responsabilidade a partir de novas alternativas que se tornam públicas. Dentro dessa maior gama de alternativas, a seleção, em vista da própria compreensão da modernidade (em autores tais como os utilitaristas e Kant), acaba sendo mais geral, ou seja, universal. O serviço público só se torna visível também a partir desse desenvolvimento histórico. Só há serviço público por que há alternativas. E só há alternativas quando o sistema social evolui de tal modo a criá-las. Não faz sentido, por exemplo, serviço público na Idade Média. Se bem que é possível identificar talvez centenas de serviços análogos aos serviços públicos de hoje em dia, falta à mentalidade medieval a idéia de uma sociedade que atua sobre ela mesma, para modificá-la deliberadamente. Para o homem medieval, a sociedade aparece como um produto elaborado desde sempre por Deus.

Para Habermas, a evolução social possibilitou não só maior complexidade como também maior racionalidade e descentração – diferente de Luhmann, cuja percepção de tempo liga-se à maior complexidade. Habermas demonstra sua vinculação com os ideais iluministas ao perceber uma maior racionalidade, isso é, um estado melhor do que o passado.

Nas formas *primitivas* de sociedade, os princípios organizacionais gravitam em torno da idade e do sexo. Formam sistemas de parentesco, os quais regulam, de forma totalizante, o inter-relacionamento social. Nessas visões culturais de mundo, as normas aparecem indiferenciadas. Essas últimas aparecem sancionadas por *tabus*. Não há excedente de produção e tampouco seria possível gerá-los. Não existem meios sistemáticos de reprodução material, e a sociedade é altamente estabilizada internamente, só sofrendo câmbios a partir de influxos externos, como as modificações da natureza ou a guerra¹⁵⁵. Um tal modelo de sociedade é incapaz de ter conceito de serviço público. Simulacros de serviços públicos há, sem dúvida, como limpeza dos ambientes físicos, produção

Madrid: Taurus, 1999. p.118: "A medida que el consenso religioso básico se disuelve y el poder del Estado pierde su respaldo sacra, la *unidad del colectivo* sólo puede ya establecerse y mantenerse como *unidad de una comunidad de comunicación*, es decir, mediante un consenso alcanzado comunicativamente en el seno de la opinión pública política [grifos do autor]."

¹⁵⁵ HABERMAS, Jürgen. **A Crise de Legitimação no Capitalismo Tardio**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1999. p.32.

coletiva de bens e ensino das tradições aos jovens, além de instâncias sancionadoras. Entretanto, tais atividades são vistas não como uma atuação da comunidade sobre ela mesma, mas sim como práticas que não são postas por decisão, mas que são naturais.

Já nas sociedades *tradicionais* o princípio organizacional exsurge da dominação de classe em forma política. A partir do sistema de parentesco, diferenciam-se castas dirigentes ancoradas em poderes divinos. A família perde parte de suas funções econômicas, de socialização e dominação para estruturas estataliformes que começam a surgir.

nesse estágio de desenvolvimento, subsistemas emergem servindo predominantemente ou ao sistema social ou à integração social. No seu ponto de intersecção jaz a ordem legal que regula o privilégio de disposição dos meios de produção e o exercício estratégico do poder, o qual, por sua vez, requer legitimação. Para a diferenciação entre o aparelho de poder e a ordem legal de um lado, e as justificações contrapactuais e os sistemas morais do outro lado, corresponde a separação institucional de poderes seculares sagrados¹⁵⁶.

Nessa nova sociedade, permite-se a construção incipiente de subsistemas formados por meios que substituem o entendimento, como o dinheiro e o poder, e mecanismos de auto-inflexão, como o Direito. É a era de visões de mundo teológicas globalizantes, as quais aliviam os conflitos advindos de uma integração social liderada por castas econômicas e políticas. As crises são resolvidas dessa maneira: os conflitos sociais são neutralizados como ordem de uma natureza divina estatuidora de uma ordem social que ainda é reputada como dada, ou a um recurso violento à força física. Ambos geram contra-reações em forma de crítica ao instituído, de forma que se vai, aos poucos, se tomando consciência da contingência¹⁵⁷ social e, portanto, da mutabilidade das

¹⁵⁶ HABERMAS, Jürgen. **A Crise de Legitimação no Capitalismo Tardio**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1999. p.32.

¹⁵⁷ LOPES JÚNIOR, Dalmir. Introdução. LOPES JÚNIOR, Dalmir; ARNAUD, André-Jean (Orgs). **Niklas Luhmann: do Sistema Social à Sociologia Jurídica**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004. p.10: "Por contingência de ação deve entender-se aquela ação que não é nem necessária, nem impossível, é precisamente como foi, embora pudesse se dar de outra forma. Os comportamentos de *ego* e de *alter* encontram-se inicialmente delimitados pelo ambiente (*Umwelt*), no entanto, as possibilidades de experiências que lhes são apresentadas ainda são muito maiores do que as que eles podem vivenciar. Esta situação exprime o que Luhmann chama de complexidade, e a seleção de uma das possibilidades de ação é sempre expressa numa contingência. Logo, toda ação está calcada no pressuposto da incerteza. Nesta relação de dupla contingência, *alter* e *ego* apresentam-se como duas caixas-pretas, quer dizer, cada um determina seu próprio comportamento pelo complexo auto-referencial de operações dentro de seus próprios limites. Cada partícipe enxerga o

organizações sociais. A Revolução Francesa é o exemplo, por excelência, de um movimento de classe que toma consciência de que pode ter as rédeas da história. Nesse tipo de sociedade tradicional, já existe a noção incipiente de que há um âmbito privado de atividade e um âmbito público. Entretanto, a tradição ainda fundamenta o Direito, de modo que também aqui o serviço público não é percebido, ou, no máximo, é visso como uma dádiva dos governantes aos governados.

Para Habermas dos anos 1970, nas formações *capitalistas*, as relações engendram-se a partir de relações entre trabalho e capital. Passa a existir uma sociedade civil, livre do Estado, bem como zonas de ação estratégica. O Direito e o Estado passam a ser anexos de um sistema econômico auto-regulativo. O Estado ainda assegura a integridade territorial e a competição, bem como a paz interna.

Embora nas sociedades tradicionais uma diferenciação institucional entre esferas de integração-sistema e integração social já se tenha estabelecido, o sistema econômico permanece dependente da oferta de legitimação a partir de um sistema sócio-cultural. Só a relativa desconexão do sistema econômico perante o político permite uma esfera emergida da sociedade burguesa que seja livre dos laços tradicionais e transferidas as orientações de ação estratégica utilitária dos participantes, de mercado. Empresários competidores então tomam suas decisões de acordo com níveis de competição orientada ao lucro e substituem a ação orientada por valores a ações guiadas por interesse¹⁵⁸.

É precisamente aí que se inserem as primeiras percepções de serviço público. O serviço público é observado como uma prestação que, ao mesmo tempo que é fundamental para a vida do cidadão, é subsidiária à vida econômica. A existência do serviço público, portanto, pressupõe a diferenciação entre Economia, Política e Direito. Só existe serviço público – e esse passa a ser percebido e reivindicado por indivíduos – quando há a possibilidade de surgimento de novas alternativas. Nas palavras de Luhmann:

Isso significa que na passagem da sociedade arcaica para as altas culturas, e desses para as sociedades modernas modificam-se aqueles dispositivos que garantem a formação de generalizações

que para ele é necessário para a redução da complexidade, e assume o comportamento do outro através desse mesmo valor.”

¹⁵⁸ HABERMAS, Jürgen. **A Crise de Legitimação no Capitalismo Tardio**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1999. p.35.

conscientes de expectativas comportamentais, e com isso muda a forma da vigência do Direito. A afinação dos diversos mecanismos de generalização modifica-se naquilo que ela pressupõe, e naquilo que ela causa. Um número maior de comportamentos mais variados torna-se juridicamente possível. Diminui a dependência do Direito de sentidos concretamente fixados e da amalgação com outras esferas funcionais como a linguagem, estruturas cognitivas, meios de comunicação, formas de socialização; por outro lado cresce a dependência de um mecanismo especial de seleção do Direito vigente e de tudo aquilo que esses dispositivos complementares e amparadores pressupõem [...] As premissas sócio-estruturais da formação do direito deslocam-se em direção de condições e interdependências mais complicadas, de maior improbabilidade e maior capacidade de desempenho¹⁵⁹.

A ciência é instrumentalizada enquanto meio de produção, possibilitando progressos impressionantes no ritmo de produção de excedentes. Diferentes âmbitos proliferam e especializam-se. Perdem poder a família e o Estado, protagonistas de épocas anteriores. Ao revés, a utilização da ação instrumental na esfera do consumo e das relações de trabalho provoca desgastes de todos conhecidos, daí a necessidade da criação de contratendências por parte, principalmente, do Direito e do Estado.

O serviço público é também uma maneira e necessidade de responder a crises. A ideologia política é cada vez mais usada, mas também cada vez se tenta mais escondê-la como regra natural do jogo. Abre-se uma tensão muito grande entre uma realidade que se vê inaceitável e um plano de sociedade que se sabe realizável diante de um mundo contingente. Isso se materializa, por exemplo, no idealismo das constituições, declarações de direitos fundamentais e morais universalistas, em contraste com o utilitarismo do dia-a-dia das relações econômicas – e também com as elevadas expectativas e programas finalísticos ligados ao serviço público. O Direito acaba tendo de, ao mesmo tempo, legitimar-se perante a sociedade, dadas as condições pós-metafísicas, e garantir os dados espaços de ação estratégica. São contradições deveras graves para que as sociedades suportem. Nesse meio tempo, nota-se uma transição do capitalismo liberal para o capitalismo organizado e novamente para uma síntese entre os dois em forma de neoliberalismo.

¹⁵⁹ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 174.

Essas contradições geram crises várias, sempre respondidas de alguma maneira. Como o Direito é o meio disponível à comunicação, e o Estado, o responsável pelo seu cumprimento, ele vai ser um dos responsáveis pelas contratendências. Um dos meios será, por exemplo, as políticas públicas, os direitos fundamentais, sociais, serviços públicos etc. De outra banda, é necessária uma série de medidas para que a autocompreensão da modernidade justamente não se realize :

Podemos falar de “contradição fundamental” de uma formação social quando, e apenas quando, seu princípio organizacional necessite que indivíduos e grupos respectivamente se defrontem com pretensões e intenções que sejam, a longo prazo, incompatíveis. Nas sociedades de classe esse é o caso. Enquanto a incompatibilidade de pretensões e intenções não for reconhecida pelos participantes, o conflito permanece latente. Tais sistemas de ação forçosamente integrados são, sem dúvida, dependentes de uma justificação ideológica para esconder a distribuição assimétrica de possibilidades para a satisfação legítima de necessidades. A comunicação entre participantes é, pois, sistematicamente distorcida ou bloqueada¹⁶⁰.

Dentro das crises e contradições, é possível citar, por exemplo, o problema do equilíbrio ecológico (capacidade do meio ambiente de suportar o consumo de recursos e receber calor e materiais tóxicos), do equilíbrio antropológico (perda de sentido da vida diante de socializações comunicativamente insuficientes), equilíbrio internacional (inter-relações entre organizações e pessoas em nível internacional que multiplicam as fragilidades, fazendo-se sentir em nível mundial as microcrises militares, energéticas, financeiras e sociais). Esses frágeis equilíbrios em nível mundial aparecem ao lado de crises sistêmicas e crises de identidade que sempre reaparecem e sempre são controladas. Como exemplos de crises, a econômica (tensão entre intervenção necessária para proteger o mercado de si mesmo e dos fatores externos, mas também a limitá-lo), de racionalidade (impossibilidade de planificação das crises econômicas, gerando necessidade de maiores estruturas administrativas e com isso maiores custos), de legitimação (o predomínio da ação instrumental não recompensa a população suficientemente em produtos inovadores, empregos e recursos disponíveis e a invasão da espontaneidade da vida pela Administração) e crises de motivação (a solidariedade não consegue ser

¹⁶⁰ HABERMAS, Jürgen. **A Crise de Legitimação no Capitalismo Tardio**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1999. p.42.

restituída a partir dos meios disponíveis após o desencantamento do mundo)¹⁶¹. Espera-se que exista uma instância pública que dê conta dessas demandas. O serviço público vai se concentrando como centro dessas expectativas.

Paralelamente a isso, o processo de racionalização, como visso, permite a descentração de expectativas, possibilitando um maior aprendizado:

En las sociedades neolíticas la integración normal está estructurada convencionalmente; las imágenes míticas del mundo, que están todavía directamente entrelazadas con el sistema de acción, contienen patrones convencionales de resolución de los conflictos [...] En las civilizaciones arcaicas la interacción normal está estructurada convencionalmente; las imágenes míticas del mundo, separadas ya del sistema de acción, asumen la función de proporcionar legitimación a los ocupantes de las posiciones de dominio [...] En las civilizaciones desarrolladas la interacción normal está estructurada convencionalmente; se produce una ruptura con el pensamiento mítico y se inicia la formación de imágenes del mundo racionalizadas (cosmológicas y monoteístas) que contienen representaciones morales postconvencionales; los conflictos se regulan desde el punto de vista de una moralidad convencional desligada de la persona del gobernante[...] A principios del mundo moderno ciertas esferas de la interacción están estructuradas postconvencionalmente – esferas de acción estratégica (tales como la empresa capitalista) son reguladas en términos universalistas, y existen inicios de una formación de la voluntad política basada en principios (Democracia formal); las doctrinas legitimadoras del dominio responden a esquemas universalistas (derecho natural racional, por ejemplo); los conflictos se regulan desde el punto de vista de una estricta separación de legalidad y moralidad (derecho general, formal y racionalizado; moralidad privada guiada por principios)¹⁶².

No contexto desse trabalho, não há por que detalhar a fundo as crises sistêmicas, vez que o que importa constatar é a contradição entre idealismo de uma república e o de uma modernidade que buscam a participação e uma Administração burocratizada,¹⁶³ não só pelos seus próprios imperativos, mas também pelos econômicos.

¹⁶¹ HABERMAS, Jürgen. **A Crise de Legitimação no Capitalismo Tardio**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1999. p.66.

¹⁶² MCCARTHY, Thomas. **La Teoría Crítica de Jürgen Habermas**. Madrid: Tecnos, 1998. p.294-295.

¹⁶³ WEBER, Max. **Economía y Sociedad**. México, D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1999. p.173: “En el caso de la autoridad legal se obedecen las ordenaciones impersonales y objetivas legalmente estatuidas y las personas por ellas designadas, en mérito éstas de la legalidad formal de sus disposiciones dentro del círculo de su competencia. En el caso de la autoridad tradicional se obedece a la persona del señor llamado por la tradición y vinculado por ella (en su ámbito) por motivos de piedad (pietas), en el círculo de lo que es consuetudinario. En el caso de la autoridad

Nesse contexto, a compreensão do serviço público é fundamental para se fazerem os necessários paralelos entre a evolução do serviço e a descrição mais geral, posta acima por Habermas. O conceito de serviço público deita raízes no Direito francês pós-revolucionário. A maneira encontrada para neutralizar a famosa ligação entre os magistrados e o regime antigo foi editar normas proibindo juízes de julgar questões envolvendo a Administração Pública. Trata-se da lei 16/24, de agosto de 1790¹⁶⁴. Versava a lei: "As funções judiciais são distintas e permanecerão sempre separadas das funções administrativas. Os juízes não poderão, sob pena de prevaricação, perturbar de qualquer modo as atividades dos corpos administrativos, nem citar diante de si os administradores por motivo das funções que esses exercem." Trata-se de uma cisão profunda entre Administração e Justiça.

Para julgar eventuais conflitos surgidos entre a população e a Administração Pública, os franceses, já na era napoleônica, criaram os tribunais administrativos, cujo topo administrativo é o conselho de Estado. O Estado acaba assumindo um certo dever de fomentar e proteger as garantias fundamentais estabelecidas nos documentos revolucionários. Na esteira dessas novas organizações, um novo Direito, distinto do Direito Privado, foi surgindo. É o Direito Administrativo. esse Direito faz-se espalhar rapidamente pela Europa (e pelo mundo), em parte, pela sua excelência em resolver os problemas da época, em parte, pela obra militar de Napoleão:

Resulta evidente que donde más habría de operar la influencia de la lengua de los derechos y de la libertad era precisamente en el campo jurídico. El primer objetivo de la Revolución fue, entre sus ensoñaciones y pulsiones, construir una nueva sociedad política y a ello se dispuso con resolución desde sus primeros pasos. Resultaba necesario para ello un nuevo Derecho que, abandonando los principios del orden jurídico del Antiguo Régimen, hiciese posible la implantación del sistema de la libertad y de la igualdad que propugnaba. Este nuevo Derecho, dada la magnitud y la osadía de

carismática se obedece al caudillo carismáticamente calificado por razones de confianza personal en la revelación, heroicidad o ejemplaridad, dentro del círculo en que la fe en su carisma tiene validez."

¹⁶⁴ Artigo 13, Título II, da Lei 16-24, de agosto de 1790 :“ Les fonctions judiciaires sont distinctes et demeureront toujours séparées des fonctions administratives; les juges ne pourront, à peine de forfaiture, troubler en quelque manière que ce soit les opérations des corps judiciaires, ni citer devant eux les administrations pour raison de leurs fonctions”. Ver: MARTINS, Thomás Passos. **A Implementação do Constitucionalismo na França**. http://www.ambafrance.org.br/refeb/projets/03_passos%20martins.pdf. Acessado em 13 de janeiro de 2009.

los principios revolucionarios, habría de ser, simultáneamente, un nuevo Derecho Público, que articulase en una nueva relación a los ciudadanos y al poder que de ellos mismos emanaba, y un nuevo Derecho Privado, que permitiese a una sociedad al fin igualitaria y despojada de “privilegios”, una sociedad abierta y libre, su funcionamiento propio, fluido y espontáneo¹⁶⁵.

O serviço público, como categoria do Direito Administrativo, foi um dos critérios utilizados para a demarcação dos limites entre os tribunais administrativos e jurisdicionais.

Obviamente que serviço público sempre existiu em termos. Porém uma teoria jurídica sofisticada do que é serviço público só vem a aparecer nesse período. O Estado seria responsabilizado quando realizasse atos de administração. Não seria responsabilizado se exercesse sua soberania. Atos de soberania seriam atos políticos. Atos da Administração seriam aqueles caracterizados pela força da administração, como a auto-executoriedade e a coercibilidade, e estavam ligados com o exercício do poder de polícia, atividade típica da Administração na época liberal.

Boa parte das atividades da Administração Pública, principalmente as promocionais, não se regem por essa idéia de potestade por sobre os particulares. Se, em determinada situação, existisse potestade, ou haveria *liquet*, ou a competência seria do Judiciário, uma vez que a competência dos tribunais administrativos regia-se pela idéia de ato da Administração. Um dos casos mais famosos do Direito Administrativo ilustra o câmbio da idéia de potestade à idéia de serviço público, o caso Blanco¹⁶⁶. Trata-se de uma ação de indenização movida pela família de uma menina atropelada pela vagoneta de uma companhia estatal de Tabacos. Constroem-se, desse modo, os primeiros conceitos de

¹⁶⁵ ENTERRÍA, Eduardo García de. **La Lengua de los Derechos**: la formación del Derecho Público europeo tras la Revolución Francesa. Madrid: Alianza, 1995. p.45. También p.41: “[...] el fascinante proceso de cómo esa “lengua de los derechos” que vimos aparecer en el momento mismo de la eclosión revolucionaria va a culminar en un tiempo muy rápido en la institución de todo un sistema jurídico completamente nuevo para regular las relaciones entre el poder y los ciudadanos, en un Derecho Público que apenas tiene algo que ver con el Derecho Público del Antiguo Régimen y que tendrá un éxito espectacular en toda Europa, y posteriormente en el mundo entero, hasta hoy mismo.”

¹⁶⁶ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos Serviços Públicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p.98: “De maneira simplificada, poderíamos dizer que o Arrêt Blanco considerou que o Conselho de Estado não era competente para julgar todas as causas envolvendo a Administração Pública, mas apenas aquelas que envolvessem a aplicação do Direito Administrativo, o acórdão preferiu considerar as que tocavam à prestação de serviço público, e não primordialmente as que envolviam o exercício da *puissance publique*.”

serviço público com a idéia de satisfação de interesses coletivos. O serviço público torna-se a unidade da diferença entre o Direito Administrativo e o resto do ordenamento:

[...] le service public – moteur de la satisfaction de l'intérêt général – constitue, tout à la fois, la légitimité et le critère du droit administratif et de la compétence de la juridiction administrative [...] Duguit devait être suivi dans sa démarche par toute une génération de juristes qui n'hésitèrent pas, quitte à les adapter quelque peu, à adhérer aux thèses dites de l'École de Bordeaux.¹⁶⁷

A doutrina que se constrói, a partir de então, vai se consubstanciar na chamada escola do serviço público. Os principais nomes dessa escola são Léon Duguit, Gaston Jèze, Roger Bonnard, Louis Rolland e André de Laubadère. Para esses autores – simplificando –, serviço público é tudo aquilo que o poder público realiza. Interessante notar que a Constituição parece acolher tanto a teoria do serviço público e dos atos de gestão vs. império no dispositivo pertinente ao mandado de segurança na Constituição Federal: "conceder-se-á mandado de segurança [...] quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público." Esta noção consubstancia no primeiro núcleo do conceito de serviço público, que é a noção subjetiva de serviço público, vista mais adiante.

Insiste-se nessa raiz revolucionária francesa do serviço público. Apesar das sucessivas transições do modelo liberal para o de bem-estar, desse para o neoliberal e do neoliberal para o "pós-neoliberalismo"¹⁶⁸, é definitiva a idéia de que se pode creditar o nascimento do serviço público à Revolução Francesa. Seus traços fundamentais se mantêm desde aquela época. Isso porque os símbolos do serviço público precisamente são formados a partir do ideário revolucionário: igualdade dos cidadãos (em detrimento do sistema estamental) e autoconstituição de um povo (em detrimento da tradição)¹⁶⁹.

¹⁶⁷ LACHAUME, Jean-François, et al. **Grands Services Publics**. 2ª ed. Pais: Armand Colin, 2000. p.7.

¹⁶⁸ Ver: SCHMIDT, João Pedro. Gestão de Políticas Públicas: elementos de um modelo pós-burocrático e pós-gerencialista. In: REIS, Jorge Renato; Leal, Rogério Gesta. **Direitos Sociais e Políticas Públicas: desafios contemporâneos**. Santa Cruz: Edunisc, 2007. 7 t. p.1988-2032.

¹⁶⁹ ENTERRÍA, Eduardo García de. **La Lengua de los Derechos: la formación del Derecho Público europeo tras la Revolución Francesa**. Madrid: Alianza, 1995. p.22: "La Asamblea se ha embarcado, pues, resueltamente en la extraordinaria aventura de imaginar y construir un pueblo nuevo, articulado social y políticamente de forma también enteramente nueva, "un camino

Essa noção é criticada como pouco precisa¹⁷⁰. A partir de então, consolidou-se (mais notadamente com o caso Terrier¹⁷¹) a idéia de que os tribunais administrativos deveriam julgar atividades de interesse coletivo. Formase, então, a segunda corrente, a chamada objetiva. Isso porque, se alguém que não faz parte da Administração Pública pode realizar serviço público, então não é a pessoa que executa o serviço que caracteriza o serviço como público, mas sim alguma característica que essa atividade possa ter – no caso, usualmente construída envolta da noção de interesse público. Posteriormente, o conceito de serviço público vai sendo desenvolvido nesse sentido por diversos autores, como por exemplo, Maurice Hauriou. Não é necessário dissertar muito mais sobre a história do conceito de serviço público para os fins desse trabalho. A transição para o Estado social acelera essa modificação no conceito de serviço para uma tentativa objetiva, tendo em vista as relações de cooperação do Estado com outras organizações¹⁷².

Então, precisamente o desenvolvimento dogmático do serviço público é um momento de consolidação posterior à Revolução Francesa. É possível notar, portanto, um espaço de tempo maior entre a revolução e a criação de um conceito de serviço público. Na contemporaneidade, a resposta é praticamente imediata

inmenso a las esperanzas del género humano”, dirá Condorcet”.

¹⁷⁰ ALVARENGA, José Eduardo de. O serviço público. CARDOZO, José Eduardo Martins, et al (Orgs.) **Curso de Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, 2006. p.321: “Na Escola do Serviço Público, atribuída a esses autores, confunde-se *função pública*, enquanto desempenho de atividades públicas, com *serviços públicos*, que é a prestação oferecida. Daí por que, embora tenha tido grande importância, por haver dessacado o Direito Administrativo enquanto Direito Público, as conclusões dessa Escola não correspondem ao que hoje se pode entender como *serviço público*. Principalmente pelo fato de que leva em consideração a gestão privada dos serviços públicos, cada vez mais em voga.”

¹⁷¹ Com esse julgamento, desvincula-se o serviço público como critério definidor da competência do Conselho Administrativo francês e, com isso, a fronteira do Direito Administrativo. CEZNE, Andrea Nárriman. O Conceito de Serviço Público e As Transformações do Estado Contemporâneo. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília. v. N.167, 2005. p.7: “Posteriormente, outro marco em termos de jurisprudência administrativa foi o acórdão Terrier. Nesse caso, um particular (M. Terrier) propôs a demanda visando à condenação de uma prefeitura a pagar um prêmio pelo serviço de caça às víboras por ele executado. [...] Dessa forma, a criação de um serviço público não precisaria necessariamente de um corpo de agentes públicos, mas poderia dar-se pela necessidade pública, um interesse geral naquele momento específico. A partir desses critérios, abre-se a possibilidade de denominar como serviço público atividades desenvolvidas pelos particulares. Esse acórdão causou um efeito duplo sobre a noção de serviço público: dissociou-se serviço público da idéia de *puissance publique*; e desencadeou o início do declínio da noção de serviço público, porque reconhecia a jurisdição administrativa para os casos de gestão pública.”

¹⁷² ARANGUREN, Juan-Cruz. **Derecho Administrativo y Globalización**. Madrid : Civitas, 2004. p. 165: “[...] el Estado social há difuminado la dicotomía público-privado, de modo que no corresponden al Estado en exclusiva en logro de los fines de interés general, sino que existe una acción mutua entre aquél y la sociedad.”

aos reclames da mudança. Fala-se, por exemplo, em “crise do conceito de serviço público”:

Os serviços públicos são especialmente atingidos por essa crise conceitual, uma vez que, tendo sido sempre considerados como integrantes da esfera pública, com a mitigação das fronteiras entre o público e o privado, os seus contornos conceituais, que por sinal nunca foram muito firmes, passam por uma nova crise, demonstrando, paradoxalmente, a imensa força da noção de serviço público, sobrevivente a sucessivas crises e a profundas mudanças na sociedade, no Estado e na economia¹⁷³.

A dogmática percebe que, toda vez que houve uma modificação no conceito, esse se deu em vista de uma certa crise. nesse trabalho, a oscilação é uma constante no sistema, é o seu comportamento normal. De todo modo, vez que outra, a doutrina identifica momentos de reestabilização do sistema, que são vistos como traumáticos. Esses momentos – parece existir alguma coincidência na doutrina – giram em torno da passagem do liberalismo para a social-democracia¹⁷⁴ e dessa para o neoliberalismo¹⁷⁵.

O serviço público na visão neoliberal é um serviço que está ligado ao interesse público, mas que pode ser prestado por particulares sob os mais diversos regimes jurídicos, inclusive o de uma liberdade de acesso e de fixação de preços. A Administração Pública deixa de ser a provedora de serviços públicos para ser a “fiscalizadora” desses mesmos serviços, em uma conformação administrativa que há quem chame de neopolicial, em neologismo construído a partir da caracterização do Estado liberal¹⁷⁶.

¹⁷³ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos Serviços Públicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p.13.

¹⁷⁴ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos Serviços Públicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 241: “Na primeira crise, os paradigmas teóricos dos serviços públicos se viram ameaçados pelo aumento da intervenção estatal na economia, tanto (a) pelo aumento da intensidade da intervenção exógena regulatória sobre atividades econômicas privadas, funcionalizando-as ao interesse público; como (b) pelo exercício direto pelo Estado de uma série de atividades econômicas, comerciais e industriais, sem correlação direta com o atendimento das necessidades coletivas, para o que lançou mão inclusive de instrumentos de Direito Privado, como as empresas públicas e sociedades de economia mista.”

¹⁷⁵ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos Serviços Públicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 244: “[...] se consubstancia em um aumento da atuação da iniciativa privada na economia, com a devolução ao mercado de uma série de atividades que dele foram retiradas ao longo do século passado.”

¹⁷⁶ PUIGPELAT, Oriol Mir. **Globalización, Estado y Derecho**. Las transformaciones recientes del Derecho administrativo. Madrid: Civitas, 2004. p. 116: “Como es evidente, esta transformación de las funciones estatales tiene un enorme impacto en el Derecho administrativo. El Derecho

Pode-se imaginar que, diante da corrente crise, em breve aparecerão conceitos buscando a superação do neoliberalismo. É interessante que agora, inclusive, começa a aparecer nos livros de Direito Administrativo a contratendência à fuga do Direito Administrativo – fuga esta que era direcionada ao regime de Direito Privado, para satisfazer o ideário neoliberal:

Recientemente se constata, sin embargo, un cierto *freno* a esse proceso de huida del Derecho Administrativo [...] Quizá influido por la severa crítica de la mayor parte de la doctrina administrativista de nuestro país ha dirigido a la sumisión generalizada de las Administraciones públicas al Derecho Privado, el legislador español, en 1997, ha tratado de ponerle coto – a nivel estatal – [...] mediante el restablecimiento de la correspondencia entre forma jurídica de la organización, régimen jurídico y actividad o fon perseguido. La filosofía de la Ley es que sólo los entes que lleven a cabo actividades de tipo empresarial queden sujetos al Derecho privado¹⁷⁷.

O que importa notar da história do serviço público é que nasce como símbolo de uma busca da igualdade e da autoconstituição racional de uma comunidade a partir de direitos (e direito fundamentais). esses símbolos sobrevivem a despeito das mudanças do Estado Liberal para o Social, só sendo erodidos a partir do neoliberalismo para, talvez, retornarem no pós-crise de 2008 ou no chamado pós-neoliberalismo.

Ainda nessa perspectiva histórica, a pergunta é: diante do desencantamento do mundo, o serviço público ainda é esse centro de expectativas de racionalidade de modificação da sociedade que sonhava a Revolução Francesa?

Que se esvaziaram as grandes utopias da modernidade, disso não há dúvida. A questão está na interpretação dos movimentos relacionados com os ideários que parecem ter substituído os ideais modernos. O ideal moderno por excelência na contemporaneidade relaciona-se com o Estado Social e com as políticas públicas que se pretende aplicar a partir dele, para alcançar a

administrativo deja de ser en buena medida un Derecho prestacional y se convierte en un Derecho eminentemente *policia*. Entra en crisis la – vaga – noción tradicional de servicio público, asociada a la gestión directa o indirecta de la Administración, y cobran renovada importancia la regulación, la inspección, la autorización o la sanción, en definitiva, los instrumentos que se ponen a disposición de la Administración para velar porque los ciudadanos no contraríen con su actuación el interés general.”

¹⁷⁷ PUIGPELAT, Oriol Mir. **Globalización, Estado y Derecho**. Las transformaciones recientes del Derecho administrativo. Madrid: Civitas, 2004. p.169-170.

equalização do conflito entre trabalho e capital. No senso comum até informado acerca do trabalho, mantém-se a centralidade desse último, porém abandonando a idéia de uma emancipação que converte a heteronomia em autonomia¹⁷⁸. Percebe-se a alienação como ponto de referência imoral, mas que pode ser compensada pela contraprestação de um Estado provedor de serviços públicos, adquirindo, por um lado, um complexo de direitos informadores de cidadania material e, por outro, recebendo uma máscara de cliente de burocracias. Mas, “a alavanca para a satisfação do antagonismo de classes continua sendo, por conseguinte, a neutralização do material de conflito embutido no *status* de trabalhador assalariado” [grifos do autor]¹⁷⁹. Tal projeto dependeu de condições materiais e ideológicas capazes de estabilizar um Estado capaz de levar tais políticas públicas a cabo – Estado Social. Esta análise é importante, vez que é nesse contexto que está inserido o aumento de demandas para a Administração Pública e seu incremento – e, conseqüentemente, de possibilidades para uma serviço público “democrático.”

O projeto de Estado Social ainda é utópico e, por isso, se alimenta de uma legitimidade social, visto que se pretende para a massa da população estabilidade material, a qual poderia, em seu conteúdo, levar à auto-emancipação. Todavia, as transformações profundas não tardam a aparecer, incluindo crises, visto que o modelo é visto em xeque. Uma vez que atua dentro do sistema e não pode mudar o sistema de trocas, o Estado parece preso, tanto em mobilidade organizativa quanto em ampliação da base de legitimidade¹⁸⁰. Em épocas de crise, classes socialmente progressistas aderem ao *status quo*, temerosas da perda dos parques privilégios, perdendo em base de legitimação. Obviamente que se reconhecem as conquistas do Estado Social¹⁸¹. As relações entre Estado Social e capitalismo chegam ao ponto onde, para que o último sobreviva, o segundo deve existir, mas, todavia, o capitalismo “não pode

¹⁷⁸ HABERMAS, Jürgen. **Diagnóstico do Tempo**: seis ensaios. Tempo Brasileiro: Rio de Janeiro, 2005. p.17.

¹⁷⁹ HABERMAS, Jürgen. **Diagnóstico do Tempo**: seis ensaios. Tempo Brasileiro: Rio de Janeiro, 2005. p.18.

¹⁸⁰ HABERMAS, Jürgen. **Diagnóstico do Tempo**: seis ensaios. Tempo Brasileiro: Rio de Janeiro, 2005. p.20.

¹⁸¹ HABERMAS, Jürgen. **Diagnóstico do Tempo**: seis ensaios. Tempo Brasileiro: Rio de Janeiro, 2005. p.23: “E os países que ainda não atingiram o nível de desenvolvimento do Estado social, especialmente eles, não têm nenhuma razão plausível para se desviar desse caminho”.

continuar vivo se continuar desenvolvendo o Estado Social”¹⁸². O serviço público perde um pouco de seu ideal transformador com a perda das utopias. Entretanto, outras expectativas são anexadas, como a satisfação dos direitos fundamentais.

Uma comunicação só vai ser percebida como serviço público se puder ser observada como uma unidade que contém as duas distinções. Se alguém disser que busca saúde, estará se referindo a serviço público porque uma observação sobre como são prestados os serviços de saúde se engatará com o lado de dentro de serviço e com o lado de dentro de público *simultaneamente*. Do mesmo modo, se alguém reclamar, a partir de um artigo doutrinário, que o acesso à informação na Internet é um Direito fundamental que deveria ser satisfeito mediante serviço público, também estará, pelo menos, candidatando essa comunicação a ser selecionada pelo sistema para a formação de estruturas, uma vez que também uma observação acerca de um sistema público de acesso à Internet recai no lado de dentro daquelas duas distinções e logo na unidade do conceito de serviço público. Se o sistema vai estabilizar o acesso público à Internet como serviço público é outra questão. Por outro lado, se alguém disser que sua loja que vende ternos aos professores de Direito é serviço público, causará estranhamento no sistema, e essa comunicação será rechaçada como referindo ao serviço público. As expectativas sobre o que é serviço público não foram satisfeitas aqui e, como a discrepância é tamanha, sequer essa comunicação se candidata a ser objeto de cognição para o conceito. Pode até ser uma comunicação referida ao código do Direito, entretanto, não poderá se enlaçar com o serviço público.

Das duas distinções acima, a idéia de serviço é polêmica, mas é a mais fácil de resolver. Em uma observação mais sofisticada, a ser realizada em outro momento, o Direito construiu para o outro lado de “serviço” noções tais como “utilidade” e “função”, todas sob a égide do “público.” Nesse primeiro momento, deve-se ter em mente uma distinção mais simples – mas também dura – que não restrinja a argumentação mais adiante. O sistema jurídico só percebe uma comunicação como serviço público se “serviço” for entendido como o oposto de “simbólico.” De fato, ao “Estado”, “comunidade”, “sociedade”, seja como se

¹⁸² HABERMAS, Jürgen. **Diagnóstico do Tempo**: seis ensaios. Tempo Brasileiro: Rio de Janeiro, 2005. p.23.

descreve, são atribuídos valores simbólicos de violência, pertencimento, amor, etc. enfim. Serviço não é símbolo, é movimento; é uma comunicação que se vincula com outras comunicações para a consecução de programas condicionais e finalísticos. Com essa distinção, está do lado de dentro do serviço público tudo que seja considerado “público” e “serviço como atividade”, tais como serviços advindos da telefonia, do Exército, do Judiciário, do Executivo, do Legislativo, dos órgãos de educação, saúde, etc. Aquilo que esses órgãos representam não é serviço. Alguns dos exemplos dados são observados pela doutrina como outra coisa que serviço público. Trata-se de uma enumeração intencional, uma vez que a função de oscilação meramente permite a cognição de novidades mediante certos critérios – ou seja, o enlace com o sistema jurídico e com essas duas distinções. Dizer que a atividade legislativa não é serviço público demanda distinções adicionais que devem ser feitas a partir de uma outra função do conceito.

Existem também explicações normativas para a utilização da distinção público/não-público. Para a fundamentação dessa distinção por um prisma normativo, é necessário buscar referências que sejam capazes de se comunicar com o que já foi fundamentado. Nesse sentido, Habermas, a partir de sua explicação procedimental, pode jogar luzes ao problema sem comprometer a argumentação com conteúdos *a priori*. Isso porque na oscilação somente uma primeira fase de redundância importa. Significações mais sofisticadas terão de ser deixadas para a função de seleção.

Habermas foi o escolhido para fundamentar essas questões devido a suas construções relativas aos procedimentos e à sua crença na idéia de que a teoria pode orientar a prática¹⁸³.

Luhmann não exclui a possibilidade de fundamentações. essas devem se descrever de maneira mais realista, contudo, como autodescrições de um sistema. As teorias

¹⁸³ LUHMANN, Niklas. **El Derecho de la sociedad**. Universidad Iberoamericana: México, 2002. p. 77: “[...] desde un principio, renunciaremos a la idea de una teoría que pudiera orientar la práctica, de aquí se describamos el sistema de derecho como un sistema que se observa y se describe a sí mismo y que, por consiguiente, al desarrollar sus propias teorías se comporta de manera constructivista; es decir: sin ningún intento de representar el mundo exterior al sistema.”

Debem aprender a pensar en ellas mismas como autodescripciones de un sistema que se describe a si mismo; de outro modo se convierten em algo anacrônico – uno de los logros más importantes de la teoría del derecho de Jürgen Habermas es precisamente haber reconocido esse carácter de anacronismo de todo recurso a la historia natural, a los principios morales o a la razón práctica. Lo único que nos queda es, entonces, un reconocimiento de la inevitable diversidad de las perspectivas observaciones, inclusive dentro del mismo sistema. Lo que nos resta es la generación constante de contingencias como valores distintivos, renovados por la recursividad del sistema jurídico. Bajo essas condiciones generales se hace necesario encontrar autodescripciones capaces de sostenerse en nuestro días¹⁸⁴.

A partir de Habermas, no entanto, consegue-se inserir momentos procedimentais críticos. Ganha-se em posibilidades normativas, mesmo que essas advenham de imagens idealizadas¹⁸⁵ do próprio sistema. De todo modo, o que segue é uma pretensão normativa do público. O serviço público tem de gerar uma expectativa de ser capaz de se engatar com as descrições que seguem.

O outro lado do público só pode ser o privado. A distinção é, então, público/privado. Esta distinção não pode significar publicidade/segredo¹⁸⁶. Além disso, é simples demais vincular também órgão público, como público e órgãos não-estatais, como privados. Uma observação mais sofisticada pode ser feita se se, imaginar o público como conceito. Trata-se de um conceito que congrega distinções. Dentro do público, encontram-se a distinção ação comunicativa/instrumental e a distinção coletivo/particular, cuja unidade da diferença é o procedimento democrático.

¹⁸⁴ LUHMANN, Niklas. **El Derecho de la sociedad**. Universidad Iberoamericana: México, 2002. p. 612.

¹⁸⁵ BÔAS FILHO, Orlando Villas. **O Direito na Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann**. São Paulo: Max Limonad, 2006. p.141-142: “Segundo Luhmann, Habermas teria a intenção de demostrar que existem formas específicas de ação a partir das quais os interlocutores aderem a uma comunicação orientada para a compreensão, aceitando razões como suficientemente convincentes para justificar a própria eleição de suas ações. Contudo, para ele, esse postulado deve ser analisado em dois níveis, pois, se de um lado é trivial quando se permite aos interlocutores a possibilidade de definir, num sistema particular, quais as condições pelas quais as razões devem resultar convincentes, por outro, deixa de sê-lo e se transforma numa exigência muito forte, quando se pretende que as razões transmitidas tenham validade geral inerente, ou seja, validade mesmo para aqueles que não participam da comunicação. Assim, o que se quer ressaltar é que, embora a ação direcionada à comunicação orientada pela compreensão não se apresente como problemática no contexto relativo a partícipes de um dado sistema (poder-se-ia dizer a uma interação comunicativa específica), seria algo extremamente discutível pretender que tais razões tivessem validade geral, abrangendo mesmo aqueles que não participam da comunicação. De forma irônica, Luhmann afirma que essa inflação do particular ao universal só é possível se se pressupõe a boa vontade de todos os indivíduos, que os forçaria a consentir.”

¹⁸⁶ LUHMANN, Niklas. **A Realidade dos Meios de Comunicação**. São Paulo: Paulos, 2005. p.168. “No discurso jurídico clássico, “público” é aquilo que é acessível a todos, quer dizer, aquilo que é definido pela exclusão do controle sobre seu acesso.”

A unidade da diferença entre a ação comunicativa/instrumental é a intenção comunicativa de um falante em uma interação, defendendo pretensões de validade. Já a unidade da diferença entre coletivo/particular é o procedimento democrático. Não se utilizou a unidade da diferença trivial de coletivo como muitos e particular como poucos, dada a sua inconsistência para a presente situação. Isso porque avaliação sobre “muitos” ou “poucos” varia conforme a situação. Por exemplo, serviços de saúde para tratamento de doenças raras continuam sendo serviço público, apesar de atenderem poucos. Desse modo, o que é coletivo é entendido como tal em um procedimento democrático.

Então, uma comunicação será pública se for, ao mesmo tempo, comunicativa (ou plantar a pretensão de ser) e coletiva, isso é, se for capaz de se enlaçar com o resultado de um procedimento democrático.

O desafio é dizer o como e o porquê do afirmado acima. Isso passa por dizer por que o público tem de ser comunicativo e ser resultado de um procedimento democrático.

A tese inicial de Habermas é no sentido de que, uma vez fracassadas as tentativas de fundamentação da razão em termos contedúísticos ou metafísicos, a prática diária permite a observação de que se consideram racionais aqueles que agem motivados e capazes de defender seus pontos de vista em razões¹⁸⁷.

¹⁸⁷ FREITAG, Bárbara. **A Teoria Crítica Ontem e Hoje**. São Paulo: Brasiliense, 1988. p. 59-60. "Habermas inclui em sua teoria da ação comunicativa a elaboração de um novo conceito de razão, que nada tem em comum com a visão instrumental que a modernidade lhe conferiu, mas que também transcende a visão kantiana assimilada por Horkheimer e Adorno, isso é, de uma razão subjetiva, autônoma, capaz de conhecer o mundo e de dirigir o destino dos homens e da humanidade. A concepção de uma razão comunicativa implica uma mudança radical de paradigma, em que a razão passa a ser implementada socialmente no processo de interação dialógica dos atores envolvidos em uma mesma situação. A razão comunicativa se constitui socialmente nas intenções espontâneas, mas adquire maior rigor através do que Habermas chama de discurso. Na ação comunicativa cada interlocutor suscita uma pretensão de validade quando se refere a fatos, normas e vivências, e existe uma expectativa que seu interlocutor possa, se assim o quiser, contestar essa pretensão de validade de uma maneira fundada (*begründet*), isso é, com argumentos. É nisso que consiste a racionalidade para Habermas: não uma faculdade abstrata, inerente ao indivíduo isolado, mas um procedimento argumentativo pelo qual dois ou mais sujeitos se põem de acordo sobre questões relacionadas com a verdade, a justiça e a autenticidade. Tanto no diálogo cotidiano como no discurso, todas as verdades anteriormente consideradas válidas e inabaláveis podem ser questionadas; todas as normas e valores vigentes têm de ser justificados; todas as relações sociais são consideradas resultado de uma negociação na qual se busca o consenso e se respeita a reciprocidade, fundados no melhor argumento. A razão comunicativa circunscreve um conceito para o qual o questionamento e a crítica são elementos constitutivos, mas não sob a forma monológica, como ainda ocorria na Dialética do Esclarecimento ou na Dialética Negativa, e sim de forma dialógica, em situações sociais em que a

Assim, por exemplo, aquele que observou um dado fato, defende alguma demanda, ou percebe os melhores meios de se atingirem os fins de uma política pública, será racional se for capaz de defender seus pontos de vista em razões (o contrário será uma posição decisionista e voluntarista). O outro será racional se capaz de observar criticamente e tomar posição, gerando consensos ou dissensos.

Habermas apresenta uma distinção fundamental, que segue a linha de sua argumentação não só até o final de sua teoria da ação comunicativa, mas também durante toda sua obra: a distinção entre uma razão instrumental e uma razão comunicativa¹⁸⁸. As duas utilizam-se da linguagem, exigem razões para a expedição de atos que se utilizam da linguagem e pressupõem posturas críticas de aceitação ou rechaço. Todavia, estão orientadas a partir de um critério de utilização do saber proposicional, ou da manipulação instrumental, ou do entendimento comunicativo¹⁸⁹.

Isso se conecta com a idéia de desenvolvimento cognitivo e moral, segundo a qual, evolução está ligada com a capacidade de argumentação descentrada e intersubjetiva – racional, portanto¹⁹⁰. Note-se, todavia, que Habermas, ao mesmo tempo em que abre o conceito de razão, tenta fazer com que permaneça o mínimo de objetividade. A isto tudo é possível assomar-se a

verdade resulta de um diálogo entre pares, seguindo a lógica do melhor argumento.”

¹⁸⁸ AVRITZER, Leonardo. **A moralidade da Democracia**. São Paulo: Perspectiva; Belo Horizonte: Editora da UFMG, 1996. p.63: "O impasse habermasiano foi provocado por uma dupla constatação: por um lado, Habermas estava convencido desde Técnica e Ciência enquanto Ideologia acerca da impossibilidade de uma racionalidade técnica alternativa, desistindo, desse modo, de explorar a via aberta por Marcuse de procurar uma racionalidade técnica não-instrumental (Marcuse, 1967); por outro lado, Habermas procurava escapar também do beco sem saída no qual havia se isolado o último Adorno, ao considerar certas concepções de música erudita como o único lugar no qual a racionalidade de valores persistiria (Adorno, 1975). A solução habermasiana para esse duplo dilema foi propor a separação entre dois tipos de racionalidade, uma primeira, comunicativa, e uma outra, instrumental, posteriormente denominada de sistêmica. A racionalidade comunicativa seria caracterizada pela dialogicidade, isso é, pela possibilidade de alcançar um telos nos mundos objetivo, social e subjetivo através da comunicação com pelo menos mais um participante.”

¹⁸⁹ HABERMAS, Jürgen. **Teoría de la Acción Comunicativa**, I. Madrid: Taurus, 1999. p.29

¹⁹⁰ BEST, Steven. **The Politics of Historical Vision: Marx, Foucault, Habermas**. New York, London: Guilford, 1995. p.157: "Habermas's theory of social evolution allows for contingency, discontinuity, and regressive developments in history, but he insists one can still identify a developmental process that leads in the direction of human emancipation [...] For Habermas, "evolution" refers to "cumulative processes that exhibit a direction" [...] As with Marx, this direction can be analyzed in terms of a growing differentiation and complexity of social systems and forms of individuality, able to be periodized according to distinct stages of development that represent advances in a developmental logic, and that culminate in conditions for human freedom and autonomy.”

idéia de um proferimento que é emitido no aqui e agora da situação da situação fática, mas que se projeta, em sua pretensão, para o futuro e para além do contexto.

Esse conceito de racionalidade mais amplo faz perceber que não é só racional aquele que fundamenta um ato de fala em uma observação repetível e criticável, como no paradigma do racionalismo crítico ou um estabelecimento de uma relação meios-fins, mas também aquele que emite um juízo prático-moral-jurídico, estético e expressivo. Isso tem relevância para a seleção de demandas sociais direcionadas ao serviço público, uma vez que se percebe que as escolhas políticas não são decisões irracionais: são, isso sim, decisões racionais disponíveis à crítica e ao controle intersubjetivo¹⁹¹. Ou seja, são ações pudes de sentido, inteligíveis em seu contexto e que carregam pretensões de validade suscetíveis de crítica. A ação orientada a normas, por exemplo, não se remete a um suvisto mundo objetivo de fatos, mas sim a um mundo normativo-social, de normas vigentes.

Essa prática social de defesa e crítica de razões, na opinião de Habermas, conforma consensos, os quais se estabilizam socialmente em um dado contexto e sob condições apropriadas, formando um mundo da vida. Essa estabilização é, todavia, instável. O risco do dissenso é, por outra via, compensado por instituições sociais, como o Direito. Para revelar como esses consensos¹⁹² são formados, Habermas recorre à situação problemática de consensos estáveis que se vêm problematizados. Assim, em *argumentações*, nas quais se tematizam as pretensões de validade daquele que oferece o ato de

¹⁹¹ HABERMAS, Jürgen. **Teoría de la Acción Comunicativa**, I. Madrid: Taurus, 1999. p.33-34: "En los contextos de comunicación no solamente llamamos racional a quien hace una afirmación y es capaz de defenderla frente a un crítico, aduciendo las evidencias pertinentes, sino que también llamamos racional a aquel que sigue una norma vigente y es capaz de justificar su acción frente a un crítico interpretando una situación dada a la luz de expectativas legítimas de comportamiento. E incluso llamamos racional a aquel que expresa verazmente un deseo, un sentimiento, un estado de ánimo, que revela un secreto, que confiesa un hecho, etc., y que después convence a un crítico de la autenticidad de la vivencia así develada sacando las consecuencias prácticas y comportándose de forma consistente con lo dicho."

¹⁹² PIZZI, Jovino. **Ética do Discurso**: a racionalidade ético-comunicativa. Porto Alegre: Edipucrs, 1994. p.34: "O acordo comunicativo não nega a racionalidade cientificista, porém a proposta coloca como condição básica do saber uma fundamentação que transcende a projeção feita unicamente com vistas à auto-realização do indivíduo em si. O consenso torna-se, portanto, a base das proposições e normas que emergem dos acordos lingüísticos à medida que pressupõe um modelo argumentativo que interliga a comunidade real com a comunidade ideal de comunicação [...]."

fala, bem como as razões que a sustentam, “la fuerza de una argumentación se mide en un contexto dado por la pertinencia de las razones”¹⁹³. O comportamento do falante na argumentação demonstra sua racionalidade: retrair-se ou comportar-se dogmaticamente denota irracionalidade; a aceitação ou rechaço através de argumentos vislumbra uma ação racional¹⁹⁴.

Assim, o conceito de ação comunicativa retroliga-se com o conceito de racionalidade discursiva¹⁹⁵. A ação comunicativa pressupõe atores capazes de, utilizando-se da linguagem, tomarem postura frente às pretensões de validade apresentadas pelo outro. Como o mundo da vida aparece desdiferenciado aos indivíduos, a reconstrução de uma oferta de fala leva à conclusão de que as pretensões de validade defendidas sempre estarão referenciadas aos três mundos (objetivo, social e subjetivo)¹⁹⁶. Dessa forma, quem oferece um ato de fala comunicativamente, ou seja, orientado à cooperação, necessariamente, fundamenta seu ato na pretensão de que é verdadeiro em relação ao mundo objetivo, correto em relação ao mundo social e veraz com relação ao mundo subjetivo. Como foi visso anteriormente, a capacidade de diferenciar esses diferentes âmbitos de validade dos atos de fala denota uma forma de vida racional¹⁹⁷. Estas pretensões pressupõem mais uma quarta pretensão de validez, qual seja, o uso correto da linguagem¹⁹⁸.

¹⁹³ HABERMAS, Jürgen. **Teoría de la Acción Comunicativa**, I. Madrid: Taurus, 1999. p.37.

¹⁹⁴ HABERMAS, Jürgen. **Teoría de la Acción Comunicativa**, I. Madrid: Taurus, 1999. p.37: “A la susceptibilidad de fundamentación de las emisiones o manifestaciones racionales responde, por parte de las personas que se comportan racionalmente, la disponibilidad a exponerse a la crítica y, en caso necesario, a participar formalmente en argumentación.”

¹⁹⁵ DUTRA, Delamar José Volpato. **Razão e Consenso em Habermas**. Florianópolis: UFSC, 2005. p.56.

¹⁹⁶ BEST, Steven. **The Politics of Historical Vision: Marx, Foucault, Habermas**. New York, London: Guilford, 1995. p.177: “With the Enlightenment philosophers, Habermas sees this differentiations as a positive effect of modernity, because it separates the cognitive potential of various spheres of life and makes possible a rational organization of everyday life. The differentiating logic of cultural modernity allows for questions of truth, justice and taste to come into their own and promotes critical consciousness”.

¹⁹⁷ HABERMAS, Jürgen. **Teoría de la Acción Comunicativa**, I. Madrid: Taurus, 1999. p.144: “Si prescindimos de la corrección formal de la expresión simbólica utilizada, el actor que en el sentido indicado se oriente al entendimiento, tiene que plantear explícitamente con su manifestación tres pretensiones de validez, a saber: la pretensión – de que el enunciado que hace es verdadero (o de que en efecto se cumplen las condiciones de existencia del contenido proposicional cuando éste no se afirma sino sólo se “menciona”); - de que el acto de habla es correcto en relación con contexto normativo vigente (o de que el propio contexto normativo en cumplimiento del cual ese acto se ejecuta, es legítimo), y – de que la intención expresada por el hablante coincide realmente con lo que éste piensa.”

¹⁹⁸ PINTO, F. Cabral. **Leituras de Habermas: modernidade e emancipação**. Coimbra: Fora do

O mundo objetivo configura-se como a totalidade de estados de coisas ou sucessos capazes de serem reproduzidos. A maneira excelente de acessá-lo é através de uma experiência cognitiva, isso é, de um conhecer e elaborar planos de ação. A ação referencia-se a fatos que podem ser verdadeiros/falsos ou planos de ação alcançados/errados. Assim, as relações entre ator e mundo objetivo são criticáveis em termos de verdade e eficácia¹⁹⁹. As ações por excelência, que se dão a partir desse mundo, são as ações constatativas e as instrumentais/estratégicas²⁰⁰. O mundo objetivo, mesmo que seja reproduzido a partir de interações cognitivas, não deixa de se conectar com uma práxis intersubjetiva. Por exemplo, o conhecido conceito de verdade como consenso de Habermas, examinado com rapidez mais adiante.

Uma ação regulada por normas pressupõe, além do mundo objetivo, também um mundo socialmente construído²⁰¹, i.e., as instituições e valores culturais. esse mundo é criticado a partir da correção e da incorreção das normas e suas interpretações. A estabilidade e a identidade desse mundo, todavia, não estão ancoradas em certezas vivenciais advindas do contato com fenômenos objetivos ou com planos de ação reputados eficazes; dependem da permanente aceitação e reprodução social da comunidade. É através de uma ação análoga à dramaturgica que se faz uma apresentação de si e das preferências pessoais, como as de gosto, impossíveis de um acordo intersubjetivo no que toca ao conteúdo (apenas no que toca à veracidade), em que os referenciais são gosto/desgosto²⁰², veracidade/inveracidade. O ator tem acesso privilegiado ao seu mundo subjetivo, o qual comunica aos outros, que só podem acreditar ou não nessa informação e verificar a ação conseqüente, sem possibilidade de formação de uma intersubjetividade estável.

Texto, 1992. p.218-219: "Um encadeamento de símbolos é válido como frase se, obedecendo ao sistema de regras gramaticais em questão, for inteligível. Encarada sob o ponto de vista pragmático, a inteligibilidade (*Verständlichkeit*) coloca-se entre as condições da comunicação e não entre as pretensões de validade emitidas no interior da própria comunicação."

¹⁹⁹ HABERMAS, Jürgen. **Teoría de la Acción Comunicativa, I**. Madrid: Taurus, 1999. p.126.

²⁰⁰ Note-se que, mesmo sendo social a interação estratégica, a orientação com relação ao outro é reificante, ou seja, o outro é tomado como coisa – daí Habermas incluir tal tipo de ação como conectada ao mundo objetivo.

²⁰¹ HABERMAS, Jürgen. **Teoría de la Acción Comunicativa, I**. Madrid: Taurus, 1999. p.128.

²⁰² HABERMAS, Jürgen. **Teoría de la Acción Comunicativa, I**. Madrid: Taurus, 1999. p.133.

Todas essas interações ocorrem sob uma pré-compreensão aproblemática e que assim permanece até que venha a ser tema de crítica.

Desse modo, a significação de algo se dá a partir da relativização dos pontos de vista individuais – relativização essa que é resultado da crítica intersubjetiva. Em Habermas, então, a individualização e a conceituação de algo estão ligadas com o consenso, pois diferença conceitual é intersubjetividade. Assim, só existe diferença no consenso e vice-versa. Essa diferença e esse consenso são formados pela linguagem; esta, por sua vez, é entendida como um meio, ou seja, “um médio de comunicación que sirve al entendimiento, mientras que los actores, al entenderse entre sí para coordinar sus acciones, persigue cada uno determinadas metas”²⁰³.

A ação instrumental é aquela a partir da qual, com fins bem definidos, se empregam os meios técnicos para a obtenção do resultado pretendido, sem uma intervenção social imediata (por óbvio, o material de que se obtém os fins e a aprendizagem que subjaz à ação instrumental são sociais, mas mediatemente)²⁰⁴. O melhor exemplo é o trabalho mecânico. A ação estratégica é uma relação social e, portanto, está diretamente ligada à comunicação com o outro, por exemplo, a observação recíproca de contratantes pretendendo manter sua melhor vantagem em dado negócio. Finalmente, na ação comunicativa, os atores afastam-se do cálculo centrado em si para compartilhar planos de ação com o outro²⁰⁵.

²⁰³ HABERMAS, Jürgen. **Teoría de la Acción Comunicativa, I**. Madrid: Taurus, 1999. p.145.

²⁰⁴ PIZZI, Jovino. **Ética do Discurso**: a racionalidade ético-comunicativa. Porto Alegre: Edipucrs, 1994. p.19: “Horkheimer e Adorno não negam que a razão instrumental tem, em si mesma, certa possibilidade de emancipação. Esta é, porém, uma tentativa eivada de uma fé ingênua nas ciências empíricas que, ao término de tudo, quase sempre recai no mito, na barbárie e na dominação. A razão instrumental determina um saber voltado para a técnica e a dominação da natureza e dos homens, tolhendo qualquer tentativa de promover uma situação na qual os sujeitos possam almejar a verdade. Somente com a transformação dos mecanismos da sociedade técnico-científica é possível criar condições para que proponentes e oponentes possam discutir “com razões” qual pretensão de verdade se impõe e faz valer. Com essa mudança, todos os membros da comunidade comunicativa podem afirmar ou negar os proferimentos enunciados.”

²⁰⁵ HABERMAS, Jürgen. **Teoría de la Acción Comunicativa, I**: racionalidad de la acción y racionalización social. Madrid: Taurus, 1999. p.367: “A una acción orientada al éxito la llamamos *instrumental* cuando la consideramos bajo el aspecto de observancia de reglas de acción técnicas y evaluamos el grado de eficacia de la intervención que esa acción representa en un contexto de estados y sucesos; y a una acción orientada al éxito la llamamos *estratégica* cuando la consideramos bajo el aspecto de observancia de reglas de la elección racional y evaluamos su grado de influencia sobre las decisiones de un oponente racional. Las acciones estratégicas pueden ir asociadas a interacciones sociales. Las acciones estratégicas representan, ellas mismas, acciones sociales. Hablo, en cambio, de acciones *comunicativas* cuando los planos de acción de los actores implicados no se coordinan a través de un cálculo egocéntrico de resultados,

Habermas explica que a orientação do agir se esclarece a partir dos participantes mesmos, mas não em nível psicológico (afinal, a teoria habermasiana tem predominância sociológica), mas, sim, ao nível de reconstrução do saber intuitivo que já orienta os participantes em sua interação cotidiana.

A ação comunicativa²⁰⁶ caracteriza-se pela sua possibilidade de entendimento, “un proceso de obtención de un acuerdo entre sujetos lingüística e interactivamente competentes”²⁰⁷. Note-se que as pessoas devem perceber o acordo como válido, e não meramente como faticamente vigente. Isso inclui, desse modo, uma tomada de postura. Essa postura manifesta-se na produção de convicções, convicções essas reputadas racionais porque elaboradas de maneira livre de coações e estratégias.

O interessante é que Habermas faz notar que a comunicação não é apenas o reconhecimento do conteúdo semântico do ato, mas sim uma complexidade que abrange três momentos, onde o ouvinte aceita a oferta feita pelo falante com um “acto de habla y funda un acuerdo que se refiere, de un lado, al *contenido de la emisión*, y, de outro, a las *garantias inmanentes al acto de habla* y a las *obligaciones para la interacción posterior* [grifos do autor]”²⁰⁸. .dessa-se, então, a complexidade de um ato de fala, o qual abrange não só o conteúdo semântico proposicional, mas também a garantia de racionalidade que oferece o falante²⁰⁹ e as obrigações de coerência que se projetam para o futuro.

sino mediante actos de entendimiento. En la acción comunicativa los participantes no se orientan primariamente al propio éxito; antes persiguen sus fines individuales bajo la condición de que sus respectivos planes de acción puedan armonizarse entre sí sobre la base de una definición compartida de la situación. De ahí que la negociación de definiciones de la situación sea un componente esencial de la tarea interpretativa que la acción comunicativa requiere [grifos do autor].”

²⁰⁶ HABERMAS, Jürgen. **Agir Comunicativo e Razão Destranscendentalizada**. São Paulo: Tempo Brasileiro, 2002. p.72: "A expressão "agir comunicativo" indica aquelas interações sociais para as quais o uso da linguagem orientado para o entendimento ultrapassa um papel coordenador da ação. Os pressuvidos idealizadores imigram, por cima da comunicação lingüística, para dentro do agir orientado para o entendimento. Por isso, a teoria da linguagem, no que concerne à semântica, que esclarece o sentido das expressões lingüísticas com base nas condições do entendimento lingüístico, é o lugar no qual uma pragmática forma de herança kantiana se poderia encontrar com pesquisas do lado analítico."

²⁰⁷ HABERMAS, Jürgen. **Teoria de la Acción Comunicativa, I: racionalidad de la acción y racionalización social**. Madrid: Taurus, 1999. p.368.

²⁰⁸ HABERMAS, Jürgen. **Teoria de la Acción Comunicativa, I: racionalidad de la acción y racionalización social**. Madrid: Taurus, 1999. p.379.

²⁰⁹ PIZZI, Jovino. **Ética do Discurso: a racionalidade ético-comunicativa**. Porto Alegre: Edipucrs, 1994. p. 59: "A teoria da comunicação exige "algo mais", pois não basta apontar a identidade a partir da reciprocidade das expectativas comuns entre os sujeitos da interação. A reciprocidade

Essas garantias para o futuro são observáveis em uma terceira perspectiva, permitindo que o conhecimento acerca da comunicação desborde da relação direta entre os participantes. Mas o mais importante é, que, em uma ação comunicativa, a comunicação de agora vincula a ação e as cadeias de interação do indivíduo para o futuro.

Essas constatações se conectam com as pretensões de validade universais, vistas mais acima, porque, antes de tudo, o ouvinte tem de entender o conteúdo proposicional, tomar postura com um “sim” ou com um “não” diante da oferta de ato de fala e, em seguida, cumprir com as obrigações assumidas. Assim,

El plano pragmático que representa esse acuerdo dotado de efectos coordinadores establece una conexión entre el plano semántico de la comprensión del significado y el plano empírico del desarrollo subsiguiente (dependiente del contexto) de la secuencia interactiva para la que ese acuerdo resulta relevante [grifos do autor]²¹⁰.

O entendimento de um ato de fala vai se dar quando se sabe o que o faz aceitável. Aceitáveis são aqueles atos que cumprem as condições necessárias para que um ouvinte tome uma postura perante eles²¹¹. Essas condições não são monológicas, mas sim condições só possíveis a partir de um reconhecimento intersubjetivo da pretensão fundamentada, o que implica a capacidade do ouvinte de não só parafrasear o conteúdo proposicional, mas também de antecipar a ação que se pretende.

O público entra no lado da ação comunicativa. De fato, algo voltado para a comunidade só se faz transparente enquanto os participantes agem voltados ao entendimento. O público precisa exatamente que as razões de fundo se tornem

pressupõe que o sujeito comunicativo tenha a consciência de que está diante de um outro que é também sujeito comunicativo, capaz de linguagem e ação. Esses “eus”, através do reconhecimento recíproco, formam um “nós”, que não está isolado, mas está diante de outros sujeitos (“eles”), que são participantes potenciais no diálogo.”

²¹⁰ HABERMAS, Jürgen. **Teoria de la Acción Comunicativa**, I: racionalidad de la acción y racionalización social. Madrid: Taurus, 1999. p.380.

²¹¹ HABERMAS, Jürgen. **Agir Comunicativo e Razão Destranscendentalizada**. São Paulo: Tempo Brasileiro, 2002. p.79: “[...] a suposição refutável de que no campo dos falantes observáveis, em regra, esses se relacionam racionalmente. Isso significa que geralmente acreditam no que dizem e nas conseqüências de suas asserções não serem refutadas. Sob esses pressupostos, o intérprete pode partir do fato de que os falantes e observadores, na maioria das situações, igualmente como ele próprio, observam e opinam, de tal forma que ambos os lados concordam em um grande número de convicções.”

públicas. O esclarecimento das intenções leva à publicidade das razões. Mais: as condições de uma ação comunicativa levam à formação de vínculos ilocucionários.

Habermas, como é sabido, é influenciado por Austin nessa seara. Reorganiza, contudo, a teoria desse, de modo a tornar uno o ato de fala, muito embora se distingam dois momentos em um prisma analítico. Um ato comunicativo entabulado a partir de ação comunicativa terá um aspecto *locucionário*, de conteúdo proposicional, bem como um aspecto *ilocucionário*, cujo conteúdo é o vínculo para a ação que é gerado a partir da comunicação. esse vínculo, como se está a tratar de uma ação comunicativa, é público. E aí reside uma diferença para a ação instrumental: esta é perlocucionária; i.e, os efeitos de coordenação presentes na linguagem são privados, uma vez que a orientação para a ação não é a cooperação²¹², e sim a influência. Esta influência só é possível porque a comunicação é usada, comumente, de maneira comunicativa²¹³.

Sem uma sinceridade na ação e uma ação voltada à cooperação, recai-se no lado instrumental e, portanto, em um lado privado da ação. Sem uma ação comunicativa, não se consegue formar vínculos ilocucionários e, desse modo, está-se fora do público.

Só dizer que o público é o comunicativo é pouco. Isto porque o comunicativo abrange relações interpessoais que seriam consideradas privadas pelo sistema, como, por exemplo, uma declaração sincera de amor. Daí a necessidade de uma diferenciação adicional.

²¹² HABERMAS, Jürgen. **Teoría de la Acción Comunicativa, I: racionalidad de la acción y racionalización social**. Madrid: Taurus, 1999. p.378: "Cuento, pues, como acción comunicativa aquellas interacciones mediadas lingüísticamente en que todos los participantes persiguen con sus actos de habla fines ilocucionários y sólo fines ilocucionarios [grifos do autor]."

²¹³ HABERMAS, Jürgen. **Pensamento Pós-metafísico**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990. p. 73: "Esse caso de agir estratégico latente oferece um exemplo interessante, porém, deficiente para o modo como o mecanismo de entendimento trabalha na construção de interações: o ator somente conseguirá atingir seu objetivo estratégico de cumplicidade numa ação criminosa na forma de um efeito perlocucionário, não público, se sua ordem puder produzir um sucesso ilocucionário; ora, isso só será possível, se o falante afirmar que irá seguir sem reservas o objetivo ilocucionário de seu ato de fala, portanto, se deixar o ouvinte na ignorância sobre o real e unilateral rompimento dos pressupostos do agir orientado ao entendimento. O uso estratégico latente da linguagem vive parasitariamente do uso normal da linguagem, porque ele somente pode funcionar quando pelo menos uma das partes toma como ponto de partida que a linguagem está sendo utilizada no sentido do entendimento [grifos do autor]."

O público também envolve o comunitário porque, dadas as condições do conhecimento contemporâneo, não é possível fundamentar-se a noção de interesse público.

O interesse público parece ser uma fórmula vazia. O problema do interesse público e do interesse geral é a sua incognoscibilidade *a priori*. Isso é, não se nega que possa ser identificado um interesse público. O problema é a sua identificação antes de um procedimento democrático de sua definição e identificação.

Kelsen trabalhou essa questão do interesse comum. Suas observações são pertinentes para a observação do interesse público:

Outra abordagem sociológica do problema do Estado parte da pressuposição de que os indivíduos pertencentes a um mesmo Estado e estão unidos pelo fato de possuírem uma vontade comum ou – o que redundaria no mesmo – um interesse comum [...] Se a teoria do Estado não deve transcender os dados da experiência e degenerar em especulação metafísica, essa “vontade coletiva” ou consciência coletiva” não pode ser a vontade ou consciência de um ser diferente dos indivíduos humanos que pertencem ao Estado [...] o termo [...] pode significar apenas que vários indivíduos querem, sentem ou pensam de uma certa maneira e estão unidos por sua consciência desse querer, sentir e pensar comuns [...] É improvável que tal identificação possa existir, exceto em grupos relativamente pequenos [...] ²¹⁴.

Kelsen critica também a idéia de vontade do Estado, que pode muito bem ser transferida à Administração:

Declarar a vontade do Estado como uma realidade psicológica ou sociológica é hipostatizar uma abstração em força real, ou seja, atribuir caráter substancial ou pessoal a uma relação normativa entre indivíduos ²¹⁵.

Então, o público não pode ser observado enquanto interesse público tomado no sentido trivial, isso é, como vontade coletiva ou algo do gênero. O comunitário, portanto, só pode vir de processos racionais. O Direito e a Política descrevem esses processos como racionais e substanciais. Luhmann é mais cético e aponta meras redundâncias.

²¹⁴ KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p.266.

²¹⁵ KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p.267.

Para Habermas, contudo, é possível a existência de um público como atuação de uma comunidade sobre ela mesma. Para esses fins, deve-se observar o Direito como meio de legitimação e atuação da própria comunidade. Nesse sentido, é uma conjugação entre política como decisões coletivamente vinculantes e expectativas normativas.

A criação do Direito depende de condições exigentes, “derivadas dos processos e pressuístos da comunicação”²¹⁶ racional mediada pelo procedimento. Essa política, em uma descrição da sociedade, enreda-se em argumentos pragmáticos, morais e éticos, fugindo, tanto de uma descrição “realista”, liberal ou republicana²¹⁷.

Preliminarmente, pode-se dizer que uma teoria do discurso percebe a política de maneira mais normativa que o viés liberal – tomado esse último como um ideário estatuidor e defensor de uma separação rígida entre sociedade civil tomada como mercado e um Estado reputado opressor. Por outro lado, a Democracia deliberativa não exige, como no republicanismo, uma cidadania motivada e politizada. Para uma teoria do discurso, é essencial a existência de procedimentos capazes de realizar a ligação entre a linguagem jurídica e as redes informais de comunicação que formam a esfera pública²¹⁸.

Essa esfera pública é destituída de sujeitos, i.e., não há classe ou categoria capitaneadora da sociedade. Pelo contrário, a descentração possibilita o engate intersubjetivo e a formação de uma opinião “mais ou menos racional”²¹⁹. O modelo de política procedimental detecta uma teia de opiniões esparsas que, através do procedimento, são transformadas em poder comunicativo, os quais irão, de um modo ou outro, transformar-se em linguagem do Direito e programar o

²¹⁶ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre faticidade e validade. v.II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p.9.

²¹⁷ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre faticidade e validade. v.II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p.19.

²¹⁸ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre faticidade e validade. v.II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p.21. Ver também LUHMANN, Niklas. **A Realidade dos Meios de Comunicação**. São Paulo: Paulos, 2005. p.168: “A esfera pública, assim, é um *medium* social geral de reflexão que registra a intransponibilidade das fronteiras e, inspirado nisso, o observar das observações”.

²¹⁹ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre faticidade e validade. v.II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p.22

sistema administrativo²²⁰. Esse procedimento produz solidariedade, funcionando em paralelo com os outros mecanismos de integração social, como o poder e o dinheiro. Por outro lado, a transformação das comunicações políticas em Direito permite a comunicação daquela com todos os demais sistemas sociais, uma vez que o Direito, na linha de Habermas, é língua franca entre os diferentes sistemas sociais.

Uma indagação fundamental, ligada com a problemática sobre pluralismo, é a de como, através do procedimento²²¹, é possível gerar solidariedade entre estranhos a partir de uma instituição social criada por decisão e que pode se modificar a qualquer momento, como o Direito, em uma sociedade pluralista e descentralizada. esse é um problema ligado ao serviço público, visso que esse é símbolo de uma deliberação de uma comunidade sobre si mesma – e que pode se modificar a cada instante.

Um procedimento que se pretende inclusivo na pluralidade – portanto público – regula-se, a partir do princípio do discurso, por uma idéia de que os procedimentos são argumentativos, bem como inclusivos e públicos. Além disso, há necessidade de *não-coação* externa quanto interna, ou seja, igual chance de contribuição. Imperativos políticos exigem ainda que, sob o aspecto da legitimidade, as discussões possam sempre ser e) revisadas, mas, por outro lado,

²²⁰ LEAL, Rogério Gesta. **Estado, Administração Pública e Sociedade: novos paradigmas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p.28: “É Habermas que, novamente, vem desenhar os quadros dessa realidade, ao dizer que, desde o modelo mais liberal do Estado de Direito, nós constatamos que a soberania popular não se encontra mais encarnada no conjunto de cidadão reunidos em assembléias de forma autônoma e perfeitamente identificáveis, mas ela migra para outros espaços, verdadeiros círculos de comunicação de instituições e corporações, *locus* em que os sujeitos se encontram despersonalizados (sem faces nem corpo definidos). Com esta forma anônima com que o poder se comunica, delimitado pelo sistema jurídico de forma geral, conectando interesses multifacetados e por vezes antagônicos, é que o Estado Democrático de Direito vai surgir, como espaço político e jurídico de gestão comunicacional e, pela via do seu corpo administrativo, desenvolvendo ações políticas de gestão ainda e tradicionalmente forjadas em manifestações monológicas, não afetadas à maturação interlocucional com os demais atores sociais envolvidos ou alcançados por suas deliberações.”

²²¹ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre faticidade e validade**. v.II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p.28: “De minha parte, pretendo interpretar o procedimento que legitima as decisões corretamente tomadas como estrutura central de um sistema político diferenciado e configurado como Estado de direito, porém, não como modelo para *todas* as instituições sociais (nem mesmo para todas as instituições do Estado). Se a política deliberativa assumisse os contornos de uma estrutura capaz de abranger a totalidade social, o esperado modo discursivo de socialização do *sistema jurídico* teria que alargar, assumindo a forma de uma auto-organização *da sociedade*, e penetrar na sua complexidade. Ora, isso é impossível, pelo simples fato de que o processo democrático depende de contextos de inserção que fogem ao seu poder de regulação [grifos do autor].”

concluídas, de modo a possibilitar a ação pelo Direito. As contribuições, por sua vez, não estão circunscritas, e as deliberações políticas permitem as contribuições variadas, inclusive aquelas que se fundam nas formas particulares de vida. Os procedimentos, mais importante, devem ser sensíveis à esfera pública espontaneamente formada:

[...] as estruturas de tal esfera pública pluralista formam-se de modo mais ou menos espontâneo, num quadro garantido pelos direitos humanos. E através das esferas públicas que se organizam no interior de associações, movimentam-se os fluxos comunicacionais, em princípio ilimitados, formando os componentes informais da esfera pública geral. Tomados em sua totalidade, eles formam um complexo “selvagem” que não se deixa organizar completamente. Devido à sua estrutura anárquica, a esfera pública geral está muito mais exposta aos efeitos de repressão e exclusão do poder social – distribuído desigualmente – da violência estrutural e da comunicação sistematicamente dissorcida, do que as esferas públicas organizadas do processo parlamentar, que são reguladas por processos²²².

Uma esfera pública em que um procedimento no qual a ação comunicativa, e não a irracional ou a ação instrumental, seja regra, permite a construção de uma expectativa de racionalidade dos procedimentos em sede de esfera pública. Isso ocorre uma vez que o fluxo de opiniões é do conhecimento de todos, torna-se mais difícil que aqueles com intenções duvidosas exponham suas opiniões.

O modelo de fluxo comunicativo habermasiano utiliza-se da metáfora das comportas, ou seja, os procedimentos são vistos como procedimentos de abertura e seleção dos fluxos comunicacionais das periferias, os quais garantem a não-ocorrência da autoprogramação e do corporativismo.

A esfera pública, como *lócus* de produção das demandas sociais, não é uma estrutura normativa e tampouco uma instituição ou organização (vez que não traz normas ou competências). Dessa maneira, “a esfera pública pode ser descrita como uma rede adequada para a comunicação de conteúdos, tomadas de posição e *opiniões*” [grifos do autor]²²³, sendo que, nela, os “os fluxos comunicacionais são filtrados e sintetizados, a ponto de se condensarem em

²²² HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre faticidade e validade. v.II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p.33.

²²³ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre faticidade e validade. v.II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p.92.

opiniões *públicas* enfeixadas em temas específicos" [grifos do autor]²²⁴. As interações em sede de esfera pública ocorrem a partir da ação comunicativa, requerendo apenas o domínio da linguagem e da pragmática naturais, as quais se apresentam como não-especializadas e, por isso, disponíveis ao entendimento geral. Assim, existe esfera pública em qualquer encontro societal regido por uma comunicação, além da auto-observação recíproca onde se tematizam assuntos a partir de sua liberdade pública. Isso caminha na conceituação de esfera pública como abstração e generalização dos foros concretos de atuação política. Nessa esfera pública, luta-se por influência, a qual vai se formando a partir do convencimento acerca das razões.

O público dos sujeitos privados tem que ser *convencido* através de contribuições compreensíveis e interessantes sobre temas que eles sentem como relevantes. O público possui esta autoridade, na qual atores podem aparecer²²⁵.

A esfera pública não pode ser produzida ao bel-prazer de um ator social qualquer, porque é a conjunção complexa de vontades negociadas e, às vezes, contraditórias. Nesse sentido, a esfera pública pode ser manipulada por um tempo, mas nunca comprada, porque essa “compra” teria que ser pública.

Porque é uma teia capaz de captar discursos que irão confluir na transformação em Direito, a esfera pública não pode deixar de se formar a partir dos contextos das pessoas virtualmente atingidas. Na medida em que os atingidos confluem em opinião em interações cotidianas em uma esfera privada e espontânea, determinadas opiniões emergem à esfera pública, tornando-se disponíveis ao debate²²⁶.

²²⁴ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre faticidade e validade. v.II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p.92.

²²⁵ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre faticidade e validade. v.II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p.96.

²²⁶ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre faticidade e validade. v.II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p.97-98: “No início, tais experiências são elaboradas de modo “privado”, isso é, interpretadas no horizonte de uma biografia particular, a qual se entrelaça com outras biografias, em contextos de mundos da vida comuns. Os canais de comunicação da esfera pública engatam-se nas esferas da vida privada – as densas redes de interação da família e do círculo de amigos e os contatos mais superficiais com vizinhos, colegas de trabalho, conhecidos, etc. – de tal modo que a orientação pelo entendimento, que prevalece na prática cotidiana, continua valendo também para uma *comunicação entre estranhos*, que se desenvolve em esferas públicas complexas e ramificadas, envolvendo amplas distâncias [grifos do autor].”

A “fronteira” entre esfera pública e esfera privada é cambiável a partir de condições de comunicação modificadas. De um lado, a intimidade; de outro, a publicidade – ambas com uma membrana porosa, que puxa uma à outra.

O conceito de sociedade civil, para Habermas, não coincide exatamente com o de esfera pública ou privada. É, por assim dizer, a própria “membrana” pela qual os fluxos comunicativos trafegam de um lado a outro, estando ainda pressionada pelos sistemas de ação específicos do poder e do dinheiro:

A sociedade civil compõe-se de movimentos, organizações e associações, os quais captam os ecos dos problemas sociais que ressoam nas esferas privadas, condensam-nos e os transmitem, a seguir, para a esfera pública política. O núcleo da sociedade civil forma uma espécie de associação que institucionaliza os discursos capazes de solucionar problemas, transformando-os em questões de interesse geral no quadro de esferas públicas²²⁷.

A existência da sociedade civil está ancorada na garantia de direitos fundamentais, alguns facilmente perceptíveis, como a liberdade de expressão, o direito de reunião, outros direitos fundamentais, além de, principalmente, o pluralismo. Obviamente as Organizações da Sociedade Civil, sem dúvida nenhuma, protagonizam os debates de hoje em dia, o que, por outro lado, não autoriza a assunção desses sujeitos como motores da emancipação social, uma vez que, para Habermas, isso é problema de racionalidade, e não de sujeito²²⁸.

Esse sistema vai ajudar a compreender a solução dada à sobrecarga que os programas da Administração Pública, o qual contraria a autocompreensão liberal da divisão de funções dentro do Estado Democrático de Direito. Aliás, conforme Habermas, “a Administração deveria tomar apenas decisões pragmáticas; no entanto, ela jamais se restringiu a esse modelo”²²⁹. Essa

²²⁷ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre faticidade e validade. v.II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p.99.

²²⁸ HABERMAS, Jürgen. **La necesidad de Revisión de la Izquierda**. Madrid: Tecnos, 1996. p.30: “Incluso los movimientos sociales se convierten hoy en motor de la pluralización e individualización. Pero la alabanza de la pluralidad, la apología de lo contingente y lo privado, el elogio de la ruptura y la discontinuidad, de la diferencia y del instante, la rebelión de los márgenes contra los centros, la apelación a lo extracotidiano frente a la trivialidad, nada de ello puede convertirse en huida frente a problemas que, si tienen solución, sólo pueden tenerla a la luz del día, cooperativamente, recurriendo a los últimos arrestos de una solidaridad casi exhausta. Pero ¿qué poden las nuevas mitologías en lugar de autodeterminación y la solidaridad?”

²²⁹ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre faticidade e validade. v.II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p.184.

sobrecarga da Administração Pública faz com que, se quiser se legitimar, tenha de abrir-se a discursos de justificação e aplicação. Assim,

Nos casos em que a administração decide, guiada apenas por pontos de vista da eficiência, convém buscar *filtros de legitimação*, os quais podem ser cedidos pelo direito procedimental [...] Uma vez que a administração, ao implementar programas de leis abertos, não pode abster-se de lançar mão de argumentos normativos, ela tem que se desenvolver através de formas de comunicação e procedimentos que satisfaçam às condições de legitimação do Estado de direito [grifos do autor]²³⁰.

Essas condições do Estado democrático são justamente a abertura cognitiva em termos de princípio do discurso. Esses mecanismos de participação não são meramente acessórios à legitimidade da Administração Pública, mas sim “processos destinados à legitimação de decisões, eficazes *ex ante*, os quais, julgados de acordo com seu conteúdo normativo, substituem atos da legislação ou da jurisdição”²³¹. Isso parece ser um argumento que pode gerar uma fundamentação suficiente para a necessidade de participação na Administração Pública.

Se o serviço público é Direito, e o Direito está ligado a processos de legitimação, então é através do Direito que o público se torna disponível. Desse modo, finalmente, é possível dizer que é público aquilo que pode ser mobilizável de uma comunidade para ela mesma:

A política pode, através do Direito, democratizar-se de maneira diferente; ela permite a todos os cidadãos – que daqui a diante são portadores de Direitos – mobilizar diretamente (quer dizer, sem qualquer outro controle político) o poder público para a realização de seus direitos. Ela expõe seu aparelho de coerção ao comando da intervenção de qualquer cidadão – sob a condição única de permanecer sob o controle da legislação. Esse acesso [que é facultado ao cidadão] pode ser afrouxado ou restringido consoante o programa político em curso. E, caso o risco se torne politicamente difícil demais [para suportar] ou igualmente tenha conseqüências desagradáveis para o partido que está no governo, a política sempre pode retornar ao seu papel, como parasita do Direito e recusar o efeito a títulos executórios²³².

²³⁰ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre faticidade e validade. v.II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p.184.

²³¹ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre faticidade e validade. v.II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p.184-185.

²³² LUHMANN, Niklas A Restituição do Décimo Segundo Camelo: do Sentido de uma Análise Sociológica do Direito. LOPES JÚNIOR, Dalmir; ARNAUD, André-Jean (Orgs). **Niklas Luhmann**:

Isso posto, só pode ser público aquilo que é uma conjunção do lado de dentro da distinção ação comunicativa/instrumental, combinado com um processo de deliberação (versus paternalismo).

Uma última reflexão: a distinção centro-periferia do sistema poderia ter alguma relevância aqui, mas é mínima. De fato, predominantemente, a oscilação é realizada na periferia, isso é, pelo reclame de juristas e doutrinadores que não são os órgãos encarregados de decidir. Entretanto, também os órgãos encarregados de decidir continuamente percebem novidades²³³. A distinção tem pouca relevância explicativa nesse ponto.

Retomando as conclusões desse capítulo, é possível dizer que:

1. O sistema cria alternativas para continuar sua evolução. Não é qualquer alternativa, contudo, mas sim alternativas que se enlaçam com os valores do sistema. No caso do Direito, o código Direito/não-Direito. Desse modo, o conceito de serviço terá de ser capaz de se ligar com o código para ser considerado Direito. Isso é importante para se perceber que o serviço público é um conceito jurídico, e não uma prestação de outro sistema ao Direito.

2. As observações expectativas normativas/cognitivas e programas condicionais/finalísticos também são pertinentes. Não há dureza aqui, contudo, uma vez que o serviço público pode recair em qualquer lado. De todo modo, aquelas distinções são típicas do sistema jurídico, e seu acoplamento operativo só confirma o pertencimento do serviço público ao Direito.

3. Serviço público é uma conquista evolutiva típica da modernidade. Se bem que sempre tenham existido serviços comunitários, um conceito de serviço público só é percebido em condições modernas, isso é, em um tempo onde se tem idéia da capacidade que a sociedade tem de descrever e influir nela mesma. A chave da criação de oscilação do sistema está aí.

do Sistema Social à Sociologia Jurídica. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004. p.90.

²³³ LUHMANN, Niklas. **Social Systems**. Stanford: Stanford University Press, 1995. p.191: “[...] the center/periphery differentiation is a developmental condition for the emergence of multilevel hierarchies, but eventually comes into conflict with them.”

4. Existem duas distinções principais pertinentes ao serviço público e observadas a partir de seu conceito. São as distinções serviço/não serviço e público/não público. O conceito dá unidade à junção dessas duas distinções. Essas duas primeiras distinções são os critérios de entrada no sistema. Observa-se uma comunicação: se esta realiza a transposição entre público/privado e serviço/não serviço, é possível ligar essa comunicação com o conceito de serviço público e, portanto, dizer que aquela comunicação era serviço público. Essas distinções não representam algum *telos* e tampouco são nascidas de princípios. Simplesmente são evolução do sistema.

5. Serviço deve ser entendido como o outro lado de simbólico (simbólico no sentido trivial). Serviço é fazer algo, enquanto simbólico é representar algo. Adicionar outros dados além desse levará à supervalorização dessa função, desbordando dos limites da oscilação. O sistema só conhece, portanto, aquilo que é atividade. Existem diversas atividades possíveis de serem consideradas como serviço público. Por exemplo, o sistema admite que doutrinadores ora considerem o serviço de educação prestado por particulares como serviço público, ora como atividade de utilidade pública ou privada.

6. O esclarecimento do conceito de público pode receber um apoio por um prisma normativo. Público é um conceito que contém o lado de dentro da distinção comunicativo/instrumental e comunitário/particular. O público é comunicativo porque o comunicativo pressupõe abertura à argumentação, sinceridade nas proposições e intenção de cooperação. O vínculo ilocucionário permite a superação da condição de individualidade. Precisamente aí reside um dos dados que levam ao público.

7. Já a distinção comunitário/particular pressupõe uma escolha da comunidade sobre o que é comunitário. Assim, o procedimento democrático é a unidade da diferença entre o comunitário/particular. Isso porque, como não é possível saber *a priori* o que é coletivo, é necessário ligar o comunitário à prática de decisão sobre o que é esse mesmo comunitário. Isso vale para as comunicações que ocorrem dentro da Administração Pública. Esta é uma construção feita a partir de Habermas, na tentativa de conceituar público.

8. O sistema jurídico só cria comunicações como serviço público se essas incluírem distinções que recaiam sobre uma idéia de atividade e de público, sendo esta última entendida como unidade de ação comunicativa e procedimento democrático.

Se a cognição do sistema varia em torno de um eixo, nem todas as comunicações que giram em torno desse eixo poderão se tornar memória do sistema. Trata-se do tema do próximo capítulo.

3 FUNÇÃO DE SELEÇÃO: como ocorrem as seleções das distinções do conceito de serviço público

O sistema cria e capta as possibilidades de variação. Dentre as possibilidades de evolução possíveis, algumas se enquadram nos critérios de estabilização, outras não. Devem existir critérios, desse modo, de seleção. Nem todos os conceitos de serviço público podem ser estabilizados no sistema. Há de se seguir determinados critérios. É preciso refletir, portanto, sobre a existência e construção desses critérios.

Como operação e decisão de um sistema que é, a seleção só é possível enquanto se conectar com os critérios do próprio Direito. O Direito, é sabido, opera a partir de lógicas argumentativas. A seleção de conceito vai ser, portanto, argumentativa.

Dizer acerca dos critérios de estabilização dos conceitos é dizer quais são os argumentos aceitáveis em determinadas situações.

É verdade que o conceito de serviço público tem um papel fundamental como oscilador, ou seja, um elemento responsável pela variação do sistema. Obviamente, só conceitos de serviço público que assumam formas científicaliformes, dentro de contextos de produção doutrinária do Direito em livros ou na jurisprudência são capazes para tanto. Existem filtros de assimilação, portanto, da periferia ao centro do sistema.

O paradoxo originário do conceito de serviço público é o de que, necessariamente, o sistema tem de aceitar diferentes conceitos de serviço público. Sem uma reserva desses conceitos o sistema fica sem padrões para a formação de redundâncias que permitem as decisões. Entretanto, a argumentação em torno do conceito, como qualquer argumentação jurídica, tem de se vincular a uma rede de decisões passadas e deve ser capaz de gerar redundâncias, isso é, vinculações consistentes com o passado. A argumentação

só consegue isso ao lançar uma pretensão de correção em forma de única resposta correta no que toca ao conceito. Ou seja: toda argumentação doutrinária arroga-se de um valor de definitividade. Não se pode buscar orientar decisões se se admite a falibilidade de uma dada proposição – na visão tradicional do Direito, é claro.

O conceito de serviço público é, portanto, paradoxal, visso que admite a pluralidade, mas tem a pretensão de unicidade. É necessário lembrar o que disse Luhmann:

La selección se refiere a las estructuras del sistema, es decir, a las expectativas que guían a la comunicación. Con base en la comunicación desviante, la selección elige las referencias de sentido que tengan valor de formar estructuras, idóneas para el uso repetido, capaces de construir y condensar expectativas. La selección, luego, desecha, atribuyendo la desviación a las circunstancias, o abandonándolas al olvido, o rechazándolas explícitamente – aquellas novedades que no parecen ser aptas para servir de estructuras para dar rumbo a la comunicación posterior²³⁴.

O Direito, através do conceito de serviço, gera uma superprodução de possibilidades. Algumas são aproveitáveis pelos mecanismos de seleção do sistema, conforme será observado a seguir.

O paradoxo é resolvido pelo sistema ao sempre se argumentar que a argumentação contrária está incorreta. Todas as argumentações arrogam-se como corretas e, como tais, sobrevivem diante da capacidade que o Direito tem de postergar decisões. Nunca será necessário resolver de uma vez por todas o que é serviço público: as concepções coexistem porque o conceito de serviço público servirá meramente como redundância em uma argumentação de uma decisão judicial, não constituindo uma lide por si só. Desse modo, enquanto o tempo passa, as acusações recíprocas de incorreção dissolvem-se, à medida que novos conceitos vão sendo agregados ao sistema. O modo como as corporações profissionais de doutrinadores se organizam também ajuda na dissolução do paradoxo, uma vez que as discussões teóricas arrastam-se em discussões

²³⁴ LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. México: Herder, 2007. p.867. p.358.

fidalgas que nunca têm um fim e tampouco precisam tê-lo. Essas discussões são importantes como reserva do sistema²³⁵.

De todo modo, é preciso dizer quais são as razões que embasam um conceito de serviço público e quais são as distinções necessárias para se colocar um conceito no lado selecionado da distinção selecionado/rejeitado.

Note-se que o problema é de critérios de seleção:

[...] los sistemas funcionales reorientan su modo de seleccionar hacia *critérios en principio inestables*. La selección ya no se deja justificar por la calidad de lo seleccionado sino tan sólo por los criterios de selección²³⁶.

Em um primeiro momento Luhmann vai traçar as linhas gerais da argumentação. Após, serão trazidos Habermas e Günther em auxílio.

3.1 Redundância na seleção do conceito de serviço público

Uma polêmica sobre serviço público só terá relevância se tiver, no mínimo, a distinção serviço e público em seu lado. É a partir dessa pressuposição que essa discussão se estabelece.

A função de seleção abrange a seguinte problemática: como é realizada a seleção de conceitos de serviço público pelo sistema? Uma primeira resposta seria apontando os órgãos responsáveis pela seleção. Entretanto, seria muito pouco a dizer.

²³⁵ LUHMANN, Niklas. **El Derecho de la sociedad**. Universidad Iberoamericana: México, 2002. p.431: "Como resultado se produce, a partir de todos estos órganos de control que incluso aprende de las infracciones, ina tradición de principios, de reglas de decisión, de doctrinas; pero también construcciones alternativas rechazadas que constituyen una reserva a la que recurre la legislación y, sobre todo, una reserva donde se forma la creatividad jurídica del juez. El resultado es, de nuevo, escritura – por tanto interpretación. La realidad de esse andamiaje estructural de referencia no se erige sobre una esfera de ideas, sino sobre las operaciones de comunicación de un sistema – que se usan o se olvidan."

²³⁶ LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. México: Herder, 2007. p.389.

Indo mais além, a resposta seria: através de argumentações²³⁷. Isso significa que é necessário estabelecer como se procede às argumentações no Direito. Significa também dizer qual é a forma dessas argumentações. A sua forma é a seguinte: quais as distinções necessárias para que algo seja considerado serviço público? Conforme será observado mais adiante, o argumento tem mais chance quando mais for enlaçado com o Direito, ou seja, quanto mais redundância produzir. Então as distinções que compõem o conceito de serviço público devem estar vinculadas ao Direito – cada uma delas.

Um outro tipo de problemática que também exige argumentação é o da ligação entre o conceito de serviço público e uma comunicação para a solução de um caso. esse é um problema a ser tratado em um outro momento, contudo.

Enfim, um bom conceito de serviço público terá de ser redundante, isso é, terá de dizer por que as distinções que foram escolhidas se enlaçam melhor com o Direito.

Luhmann inicia com uma distinção fundamental, que é a de a argumentação não modificar a validade do Direito. Não que uma argumentação não modifique o Direito: se é uma operação que vai influenciar uma decisão, esta decisão, é claro, vai atualizar o sistema a partir dela mesma. Entretanto, não podem os argumentos modificar o Direito vigente a partir de uma perspectiva de auto-observação. Pensar isso significaria destruir a compreensão do Direito, visso que ele não estaria vinculado a decisões passadas, mas sim seria criado no presente.

²³⁷ LUHMANN, Niklas A Restituição do Décimo Segundo Camelo: do Sentido de uma Análise Sociológica do Direito. LOPES JÚNIOR, Dalmir; ARNAUD, André-Jean (Orgs). **Niklas Luhmann: do Sistema Social à Sociologia Jurídica**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004. p. 74: “As decisões do sistema jurídico devem ser fundamentadas. No mínimo devem ser associadas [a seguinte máxima]: “porque isso é de Direito” [...] na prática, tais fundamentações têm sido mais extensas por intermédio de argumentos que são preparados antes e após a decisão. No interior do próprio sistema jurídico essas fundamentações são tratadas como uma ordem normativa, e por sua vez, o camelo seria garantido por ter sido fundamentado. Para um observador externo, a fundamentação é necessária, porque de outra forma as tendências da decisão do sistema não poderiam ser de forma alguma observadas. Ambos os pontos de vista, o da norma interna da prescrição de fundamentação e o da necessidade externa de imputação (*Zurechnung*) ao sistema encontram-se no que representa talvez a melhor fundamentação da necessidade de fundamentações: [o fato de que] sem a justificação não poderíamos com freqüência determinar o que tecnicamente deve ser decidido, o teor do julgamento em si.”

A argumentação e a validade acoplam-se estruturalmente através de textos²³⁸. O modo de produção e divulgação desses textos é ritualizado pelo próprio sistema a fim de satisfazer a exigência de justiça. Tais textos, é sabido, materializam-se no material utilizado pelos juristas para as tomadas de decisões.

Na observação dos juristas, esses textos remetem-se uns aos outros, formando um sistema no sentido trivial do termo ou uma intertextualidade. esses textos – leis, jurisprudência, doutrina – formam um todo que, a cada decisão, é atualizado como se fosse coerente a partir dos valores do sistema, desparadoxizando os problemas de pluralidade de concepções, incoerência de decisões anteriores e incognoscibilidade do sistema. Cada texto tem uma função em específico.

Se a observação da argumentação é uma observação de segundo grau, pois reflete sobre o manejo dos textos, esse capítulo é ora uma observação de terceiro grau, observando a observação sobre os textos, ora de segundo grau, ao estabelecer alguns critérios de construção do conceito de serviço público.

A partir da interpretação se produzem, evidentemente, novos textos. esses novos textos remetem a outros, e assim por diante. Então, dizer o que é serviço público vai significar produzir novos textos que contêm novas distinções. essas novas distinções terão de ser fundamentadas.

Não há, obviamente, um argumento final:

[...] não existem bons argumentos que possam mostrar que maus argumentos são [verdadeiramente] maus argumentos. Não existe decisão que garanta a qualidade de tornar decidível quaisquer problemas jurídicos. E também esse “não existe” é por demais afirmativo²³⁹.

²³⁸ LUHMANN, Niklas. **El Derecho de la sociedad**. Universidad Iberoamericana: México, 2002. p. 318: ““(…) Cada texto que se considera actual se expone a la interpretación : es texto sólo en el contexto de interpretación. Allí , el texto se transforma en medio, es decir, en la totalidad de las interpretaciones a él referidas. En esse medio se condensarán nuevas formas, ya sea como controversias fascinantes que monopolizan la atención (la controversia del “original intent” de la interpretación constitucional en los Estados Unidos);ya sea como teorías descubiertas a través de la interpretación—y que se dan por aceptadas en la “opinión general.”

²³⁹ LUHMANN, Niklas A Restituição do Décimo Segundo Camelo: do Sentido de uma Análise Sociológica do Direito. LOPES JÚNIOR, Dalmir; ARNAUD, André-Jean (Orgs). **Niklas Luhmann: do Sistema Social à Sociologia Jurídica**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004. p.104.

O pensamento ocidental jurídico é um tanto quanto simples sob esse aspecto. Pretende-se deduzir uma solução definitiva que ou encontre a essência do serviço público – esta é uma proposição mais comum e mais infantil – ou, de modo mais sofisticado, uma argumentação suficiente. esse problema está ligado ao conhecido trilema de Münchhausen.²⁴⁰

A primeira forma de fundamentação é claramente identificável como inconsistente. Uma teoria jurídica que buscasse fundamentar-se regredindo infinitamente estaria, evidentemente, fadada ao fracasso, visto a sua total impossibilidade. O segundo ponto refere-se ao círculo lógico, isso é, a fundamentação será estribada em uma argumentação recursiva, onde um argumento inicia o processo de deduções cujo final será esse mesmo argumento carente de fundamentação, ou seja, não se fundamenta o fundamento. Esta forma de validação está presente, hodiernamente, em algumas proposições do tipo: "A constituição é legítima porque é a lei maior do ordenamento²⁴¹", ou "O Supremo Tribunal Federal é o mais alto tribunal da República²⁴²", "Devemos obedecer esta norma porque é lei²⁴³." Proposições redundantes, portanto. O terceiro tipo de proposição é mais comumente visso nas fundamentações teóricas, tanto no plano da Filosofia como no plano científico:

Costuma-se em relação a enunciados nos quais se está disvisto a interromper o processo de fundamentação, falar de auto-evidência, de autofundamentação, de fundamentação no conhecimento imediato - na intuição, na vivência ou experiência - ou descrever de outra maneira que se está disvisto a interromper o regresso da fundamentação em um determinado ponto, e conseqüentemente, suspender o postulado da fundamentação nesse ponto, o qual é denominado de ponto arquimédico do conhecimento.²⁴⁴

²⁴⁰ ALBERT, Hans. **Tratado da Razão Crítica**. Tradução de Idalina Azevedo da Silva, Érika Gudde e Maria José P. Monteiro. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1976. p. 26-27: "1. um regresso infinito, que parece resultar da necessidade de sempre, e cada vez mais, voltar atrás na busca de fundamentos, mas que na prática não é passível de realização e não proporciona nenhuma base segura; 2. um círculo lógico na dedução, que resulta da retomada, no processo de fundamentação, de enunciados que já surgiram anteriormente, como carentes de fundamentação, e o qual, por ser logicamente falho, conduz do mesmo a nenhuma base segura, e finalmente, 3. uma interrupção do procedimento em um determinado ponto, o qual, ainda que pareça realizável em princípio, nos envolveria numa suspensão arbitrária do princípio da fundamentação suficiente."

²⁴¹ Ou seja, uma idéia de que a Constituição se fundamenta por ela mesma, e não em processos histórico-sociais de decisão.

²⁴² É uma oração que se fundamenta em si mesma, i.e., se é supremo é o mais alto.

²⁴³ Sem indagar acerca da legitimidade da norma.

²⁴⁴ ALBERT, Hans. **Tratado da Razão Crítica**. Tradução de Idalina Azevedo da Silva, Érika Gudde e Maria José P. Monteiro. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1976. p.27.

A interrupção gera o efeito de segurança necessário para que ocorra a continuação da argumentação, assim, "[...] a nossa terceira possibilidade se resume naquilo que não se deveria esperar na solução do problema da fundamentação: a fundamentação mediante o *recurso a um dogma*"²⁴⁵. Trata-se da criação de um ponto de início, um ponto arquimédico nos dizeres de Hans Albert. esse ponto de início tem de gerar uma impressão ao ouvinte de um "mal necessário ou de inocuidade"²⁴⁶.

É o que Luhmann denuncia na abordagem jurídica: [...] los fundamentos han tenido que ser presupuestos o han sido introducidos "dogmáticamente", es decir, han sido introducidos con ayuda de abstracciones que no han sido analizadas"²⁴⁷. As abstrações de fundo do pensamento dos juristas, incluindo a famosa "natureza jurídica" – natureza jurídica de serviço público – são tomadas a *priori* como se estivessem fundamentadas desde sempre.

O argumentar dos juristas, sem dúvida, enreda-se ou em uma interrupção dogmática, do tipo norma fundamental kelseniana, ou em um círculo lógico. Considera-se, aqui, que a matriz pragmático-sistêmica escapa do trilema do famoso mentiroso, seja por fazer uso criativo dos paradoxos, de um lado, seja por procedimentalizar, de outro. Além disso, como observado, é necessário, para levar a sério a análise do Direito, buscar a autodescrição desse.

Obviamente, os textos podem ser tomados como comunicação. Como tal, incidem os problemas de tempo e outras improbabilidades descritas no primeiro capítulo.

Se são razões que convencem, então é necessário, antes, estabelecer uma distinção entre razões boas e ruins, sendo que o lado das razões boas é o eleito para convencer. Devem existir critérios de definição das boas razões:

Esta distinción desencadena la pregunta sobre los criterios con los que se reconocen las razones buenas (o menos buenas). Y con

²⁴⁵ ALBERT, Hans. **Tratado da Razão Crítica**. Tradução de Idalina Azevedo da Silva, Érika Gudde e Maria José P. Monteiro. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1976. [grifos do autor].

²⁴⁶ ALBERT, Hans. **Tratado da Razão Crítica**. Tradução de Idalina Azevedo da Silva, Érika Gudde e Maria José P. Monteiro. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1976. p.27.

²⁴⁷ LUHMANN, Niklas. **El Derecho de la sociedad**. Universidad Iberoamericana: México, 2002. p. 73.

ayuda de esta pregunta sobre los criterios, la teoría de la argumentación se coloca dentro del acontecer de la argumentación misma – se entendiendo que del lado bueno. También los criterios, deben por supuesto estar fundamentados. Para esto sirve el constructo de la razón, a la que se atribuye la propiedad de poder fundamentar a sí misma.²⁴⁸

A argumentação se desenvolve a partir de conceitos. Existem alguns conceitos-chave no ordenamento. O serviço público é um deles. A questão desse capítulo, contudo, não é como os juristas se utilizam do conceito de serviço público para uma decisão, mas sim as distinções internas desse são selecionadas, muito embora as duas questões essem enlaçadas.

Mas, nesse contexto, uma noção se faz imperiosa: “estos conceptos viven porque se les reutiliza em contextos muy distintos y porque posibilitan que, en un metacontexto confiable, se introduzcan razones concretas de la decisión”²⁴⁹. Não só o serviço público é um lugar de pluralidade de concepções, mas seus conceitos devem ser capazes de reutilização. De fato, não é possível um conceito de serviço público como “serviço público é aquele serviço onde o poder público recolhe e trata o esgoto das casas da cidade.” Aí existe um conceito de serviço público de esgoto, passível de reutilização para todos as situações que envolvam esgoto e cidade. Entretanto, esse não é um conceito geral de serviço público e não pode ser reutilizado para todos os casos de serviço público, só para os que envolvam “esgoto” e “cidade.” Geral, em matéria de conceitos jurídicos, é isso: capacidade de reutilização. O conceito se torna reutilizável após várias confirmações. Luhmann chega inclusive a falar em “centenas de anos” de reutilização²⁵⁰.

As razões adequadas são aquelas consistentes²⁵¹, isso é, capazes de gerar redundâncias²⁵². isso quer dizer que serão boas aquelas interpretações que

²⁴⁸ LUHMANN, Niklas. **El Derecho de la sociedad**. Universidad Iberoamericana: México, 2002. p.407.

²⁴⁹ LUHMANN, Niklas. **El Derecho de la sociedad**. Universidad Iberoamericana: México, 2002. p. 410.

²⁵⁰ LUHMANN, Niklas. **El Derecho de la sociedad**. Universidad Iberoamericana: México, 2002. p. 493: “La conformación y el afianzamiento de la tradición del trato con conceptos y reglas requiere cientos de años. En el derecho el espectro temático es también muy amplio y la repetición de los casos similares se va haciendo más rara cuanto más aumenta la complejidad.”

²⁵¹ LUHMANN, Niklas. **El Derecho de la sociedad**. Universidad Iberoamericana: México, 2002. p.72: “Los problemas relativos a la consistencia no son, en principio, más que problemas de redundancia de información. En la redundancia informativa no se exige la coherencia lógica y ni siquiera la ausencia autogarantizada de contradicciones. Se trata más bien de reducir, mediante

se ligam com decisões anteriores e posteriores. A argumentação serve à decisão como referibilidade a regras; é constante movimento de regra e decisão que vai causando a autopoíesis²⁵³ do sistema jurídico²⁵⁴.

No processo de seleção, *sempre* há recurso a decisões anteriores. Esta é uma questão definitiva. Isso porque a decisão atual ou gera redundância e confirma a semântica de serviço público, ou se apresenta como uma solução nova. Mas mesmo a solução nova é nova porque, em observando uma decisão anterior, a vê como inadequada ao caso ou ao resto do sistema – isso é, sempre há referibilidade à memória do sistema.

De todo modo, qualquer argumentação sobre serviço público é construída a partir de variações de serviço e variações de público.

É interessante reforçar que a interpretação está relacionada com a comunicação. “Métodos”, tais como dialética, hermenêutica, etc., partem de uma mesma base comunicativa – procedem de maneira diferente, mas geram redundância de todo modo. A interpretação é a preparação de uma

información, la necesidad de más información [...] En el caso ideal, una palabra clave es el origen de la decisión – así como el análisis detallado de un hueso que se ha encontrado permite la determinación de la especie de la que proviene.”

²⁵² LUHMANN, Niklas A Restituição do Décimo Segundo Camelo: do Sentido de uma Análise Sociológica do Direito. LOPES JÚNIOR, Dalmir; ARNAUD, André-Jean (Orgs.). **Niklas Luhmann: do Sistema Social à Sociologia Jurídica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004: “Um novo nome para o antigo camelo: a redundância. Como já sabe, o camelo é supérfluo. É tão supérfluo como a ordem, e por esta razão não é supérfluo.”

²⁵³ A autopoíesis na obra luhmanniana reflete e revela um novo momento de seu pensamento, na medida em que a apresenta como um mecanismo de autoprodução do próprio sistema, de forma que ele mesmo cria (internamente) os elementos dos quais se compõe, como uma autofundação, através da auto-referência de seus próprios elementos, utilizando-se da comunicação como modo particular de reprodução autopoietica. O resultado será a autonomia do sistema, assim: “All'interno Del sistema della società si possono poi costituire ulteriori sistemi autopoietici, ciascuno dei quali riproduce una specifica operazione, cioè un modo specifico di comunicazione, che si realizza solo al suo interno”. BARALDI, Cláudio. CORSI, Giancarlo. ESPOSITO, Elena. **Luhmann in glossário**. I concetti fondamentali della teoria dei sistemi sociali. Milano: Franco Angeli, 1996. p.54-55. Ainda no mesmo sentido, desdobra-se a ideia de redução da complexidade através da autopoiesis, no dizer de Luhmann: “Presuponiendo todo esto, se puede hablar de autopoiesis y de clausura operativa cuando las operaciones se reproducen a sí mismas – y con ello al sistema – y que dejan ver determinadas características. esas operaciones construyen unidades emergentes que sólo pueden surgir gracias a la clausura operativa del sistema; como unidades logran su propia reducción de complejidad – tanto en lo que se refiere al entorno del sistema como al sistema mismo.” LUHMANN, Niklas. **El Derecho de la sociedad**. Universidad Iberoamericana: México, 2002. p.131.

²⁵⁴ CLAM, Jean. **Questões fundamentais de uma teoria da sociedade**: contingência, paradoxo, só –efetuação. São Leopoldo: Unisinos, 2006. p.120: “A decisão exige a regra como seu pressuposto na mesma medida que esta exige aquela. O sistema jurídico produz suas operações na base desse referimento mútuo.”

argumentação. Desse modo, interpretar o serviço público é, obviamente, argumentar²⁵⁵.

Afora as distinções fundamentais envolvidas com a tautologia de serviço público (serviço como atividade e público como unidade de comunicativo conjugado com a deliberação), serão serviço público argumentos que se enlacem com a recursividade do sistema. É possível construir muito a partir daí. Por exemplo, é possível analisar a partir dos símbolos do sistema. Entretanto, a construção do capítulo continuará por esse prisma argumentativo. O conceito é, por exemplo, uma questão de justiça: “tratar igual lo que es igual y desigual lo que es desigual”²⁵⁶.

É preciso lembrar que o conceito de serviço público vai se remeter à distinção do estado atual do sistema. Trata-se de tornar o serviço público provável, tirá-lo da completa indeterminação:

Numa formulação simples, poder-se-ia dizer: o ser é originalmente idêntico consigo mesmo, porque ele é o que é somente como o lado “designado” de uma diferença, como o lado positivamente determinado de uma forma de dupla face. Nessa forma, o Outro não marcado (o outro lado) torna possível a delimitação ou definição do lado marcado, designado, ao subpor-se a ele como indeterminado. O ser não é o que é, mas tem de ser “probalizado” a ser o que é: no princípio está uma improbabilidade geral, a partir da qual surgem ser, coisas, fatos, estados positivos. Eles acontecem como produtos de um processo de probalização. O existente não é desde a eternidade o que ele é agora, nem preserva a sua auto-identidade infinitamente. O vir-a-ser é a efetuação de uma diferenciação, uma diferenciação pela qual passa aquilo que ingressa no mundo como existente, uma diferenciação em relação àquilo que forma o seu pano de fundo latente e que, como não acontecido, acontece concomitantemente com o acontecimento dela. O existente é, então, o resultado de uma operação realmente efetuada, que permanece contingente e fluente

²⁵⁵ LUHMANN, Niklas. **El Derecho de la sociedad**. Universidad Iberoamericana: México, 2002. p.427: “Lo que un lector piense en la interioridad oscura de sus pensamientos – en caso de que se tomara al tiempo de apartarse del texto -, no interesa. Cuando él empieza a interpretar, lo que hace es que prepara una argumentación. Él lo puede hacer si primero simula la comunicación en la forma de plática consigo mismo (¡no de plática con el texto!), o en forma de pensamientos articulados (no verbalizados), como una especie de prueba de comunicación. Pero ya entonces lo dominan los criterios de aquello que se puede decir de manera convincente. Se trata, así, no de los “lugares oscuros”, sino de la cuestión de qué contextos de comunicación se pueden relacionar con determinados textos. Por esta razón, no perdemos nada cuando observamos cada razonamiento como un comportamiento social, incluyendo la estricta demostración lógica.”

²⁵⁶ LUHMANN, Niklas. **El Derecho de la sociedad**. Universidad Iberoamericana: México, 2002.p. 414

na sua própria razão de ser²⁵⁷.

O problema da redundância é da formação de consistência diante da absurda complexidade de decisões do sistema jurídico. O sistema jurídico assimila – pelo menos em parte – esta complexidade sob a forma de conceitos jurídicos elaborados por uma dogmática jurídica²⁵⁸.

O problema é que, “[...] cuanto más grande es la variedad de un sistema, tanto más difícil es deducir de una operación otra”²⁵⁹. Desse modo, mais as operações de construção de um conceito jurídico devem ser mais complexas para poder dar conta das constantes novidades no serviço público.

A *autopoiesis* continua a partir dessa conjugação de variação e redundância. A partir daí, consegue organizar sua memória “a partir de institutos jurídicos, o de princípios; y todo esto puede correr conjuntamente”²⁶⁰. Toda essa operação é realizada, pois, a partir de acoplamentos frouxos (*loose coupling*), para permitir a compatibilidade entre as operações.

As exigências de redundância e variedade, isso é, de o sistema contar com diversos significados para serviço público e, ao mesmo tempo, ter de operar com apenas um para o caso concreto, são assimiladas a partir de um processo em que as dissonâncias aparecem apenas localmente, ou seja, em uma querela entre juristas ou em um processo judicial. A existência de textos – que são únicos, muito embora muito pouco limitem a interpretação – garante, de maneira dura, “la unidad del contexto social de un episodio comunicativo”²⁶¹. Todos estão buscando em um texto, por exemplo, a Constituição, em autores antigos ou em autores contemporâneos, o significado de serviço público. Esta referência ao texto é certa e é comum. esse é um ponto de congregação, muito embora, em termos

²⁵⁷ CLAM, Jean. **Questões fundamentais de uma teoria da sociedade**: contingência, paradoxo, só –efetuação. São Leopoldo: Unisinos, 2006. p.149.

²⁵⁸ LUHMANN, Niklas. **El Derecho de la sociedad**. Universidad Iberoamericana: México, 2002. p.337: “Sólo a través de una dogmática jurídica elaborada, la estabilización y reestabilización del derecho se desplaza de la validez simple (y casi siempre religiosa) hacia las *normas de su consistencia*.[...]”

²⁵⁹ LUHMANN, Niklas. **El Derecho de la sociedad**. Universidad Iberoamericana: México, 2002.p.422.

²⁶⁰ LUHMANN, Niklas. **El Derecho de la sociedad**. Universidad Iberoamericana: México, 2002.p.423.

²⁶¹ LUHMANN, Niklas. **El Derecho de la sociedad**. Universidad Iberoamericana: México, 2002. p.428.

de conteúdos, não evite a pluralidade, até porque o serviço público é uma operação do sistema, não um ser: “como é possível um mundo de coisas, se tudo é só operação, diferenciação, referência? A presente quietude aparente do mundo provoca assombro”²⁶².

Claro que a argumentação não é um processo normativo. Seus resultados, ao que parece, sim: “[...] la dogmática puede ser tenida como “fuente de derecho”²⁶³. A partir das construções da dogmática, estabilizam-se as informações ou tem-se o novo²⁶⁴.

De todo modo, a função das razões que embasam a argumentação é a produção de redundância, com a qual, é possível enlaçar uma determinada operação com a validade do sistema. O símbolo da validade, tratado mais adiante, resolve seu paradoxo de autofundamentação através do argumento, pois o que é válido não é mais redundante, mas sim, baseado no melhor argumento (que justamente é aquele que gera mais redundância).

Os conceitos surgem justamente dessa argumentação. A exposição sobre os conceitos no âmbito da obra “Direito da Sociedade” difere ligeiramente da exposição sobre os conceitos na “Ciência da Sociedade.” Naquela obra, como visso, os conceitos aparecem como distinções de distinções. No Direito, aparecem como consolidações de interpretações. isso não melindra a idéia de que é possível aproveitar as construções sobre a Ciência de Luhmann. Como já abordado anteriormente, o fato de que os conceitos estão ligados ao código do Direito – e são objeto de permanência ante as decepções – faz com que os conceitos, e a doutrina que trabalha com eles, sejam uma comunicação ligada ao Direito, mas que assume uma forma “científica”, contudo – aliás, também se autodescrevendo como Ciência (jurídica).

²⁶² CLAM, Jean. **Questões fundamentais de uma teoria da sociedade**: contingência, paradoxo, só –efetuação. São Leopoldo: Unisinos, 2006. p.273.

²⁶³ LUHMANN, Niklas. **El Derecho de la sociedad**. Universidad Iberoamericana: México, 2002. p.430.

²⁶⁴ LUHMANN, Niklas. **El Derecho de la sociedad**. Universidad Iberoamericana: México, 2002. p.431: “Una textura semejante de puntos de vista de decisión – nosotros la denominamos dogmática jurídica – se puede también poner en juego de manera innovadora. Posteriormente se puede reconocer que en las primeras determinaciones de las reglas se perdieron de vista ciertas constelaciones o que, sin más, se cometieron errores en la argumentación. Esto puede dar motivo para reconstruir el sentido expresado en aquel entonces o también para introducir nuevas reglas.”

Os conceitos precisamente ajudam na redundância porque são pontos de esseio consolidados pela repetição e que podem ser aplicados em situações diferentes. Uma operação jurídica está “em casa” se puder ser ligada a um conceito, de preferência consagrado – precisamente já se está a chegar ao campo da memória do sistema, trabalhada no próximo capítulo. Aqui a questão é a da formação dos conceitos.

O conceito vai realizar aquela função apontada no primeiro capítulo, que é a da distinção. É possível precisar mais: “Los conceptos se originan en el trato con los textos, con tal de que los conceptos precisan las distinciones específicas: es decir que las distinguan”²⁶⁵.

O conceito vai ser formado não só para dar conta de suas funções de agregar novidade ao sistema e também à memória, mas também para estabelecer cadeias de conseqüências jurídicas:

A qué es a lo que se llega con determinados puntos de vista, se diferenciará de aquello a lo que no se llega. Y aquello a lo que no se llega, no es otra cosa que outro entendimiento del problema (otra interpretación, otras reglas de decisión), que tendría otras consecuencias jurídicas. El argumentar produce una secuencia de razones y de consecuencias que, como toda secuencia, sirve para conservar y para volver a aplicar las distinciones²⁶⁶.

Daí por que se investigarem os mecanismos de seleção de conceitos de serviço público, uma vez que eles formam o repositório de entendimentos que deflagram uma ou outra conseqüência jurídica. Note-se que a própria utilização de conceitos converteu-se em um mecanismo de diferenciação do sistema do Direito perante a sociedade em priscas eras²⁶⁷.

Para Luhmann, a argumentação conceitual é histórica, porque remete a decisões anteriores. A questão é sempre ver se a operação atual é um reforço da comunicação existente ou se é necessário criar ou adaptar o novo conceito.

²⁶⁵ LUHMANN, Niklas. **El Derecho de la sociedad**. Universidad Iberoamericana: México, 2002. p. 449.

²⁶⁶ LUHMANN, Niklas. **El Derecho de la sociedad**. Universidad Iberoamericana: México, 2002. p. 449.

²⁶⁷ LUHMANN, Niklas. **El Derecho de la sociedad**. Universidad Iberoamericana: México, 2002. p. 450: “En las culturas que desarrollaron conceptualización jurídica aparecen textos nuevos formulados bajo la coacción de una conceptualización más exacta, porque de otra manera se llegaba irremisiblemente a errores: el lenguaje del derecho comienza a distanciarse más y más del lenguaje normal.”

Luhmann chega, inclusive, a falar em “subsunción del sentido de los conceptos disponibles es adecuada”²⁶⁸. Claro que, nesse caso, ele está a abordar a auto-imagem do Direito, uma vez que a subsunção é a forma pela qual os juristas descrevem que estão a utilizar a lei.

Para que o sistema reconheça um conceito como conceito jurídico – no caso, o conceito de serviço público, é necessário que a comunicação tenha a habilidade de servir, ao mesmo tempo, de *condensación* de uma comunicação e de confirmação perante a validade do sistema. Os conceitos são identificados, reconhecidos e aceitos perante uma comunidade de juristas e demais usuários que estão no ambiente do Direito, ganhando um rótulo que precisamente unifica as distinções. Conceitos existem aos milhares, como diz Luhmann²⁶⁹.

Quanto mais reutilizado é o conceito, mais consolidado fica, isso é, com mais distinções – muito embora o excesso de distinções internas torne o conceito inoperável. Essas consolidações em forma de conceito podem ser vistas como decisões das organizações do Direito, seja dos tribunais, seja das universidades ou órgãos corporativos. Se bem que haja pressão para a definição dos conceitos sempre, o Direito administra o tempo de modo que não seja necessário selecionar um conceito de uma vez por todas: para cada decisão, um conceito.

A partir do conceito, estabelece-se uma relação de analogicidade do conceito com o distinguido. O conceito permite, assim, a construção de um “metatexto” sobre as distinções do sistema:

Los conceptos construyen un metatexto que sirve de anillo de seguridad a la redundancia del sistema. Una vez que los conceptos han sido elaborados y una vez que los textos del derecho se sirven de su lenguaje, es casi imposible que el argumentar jurídico pueda prescindir de ellos. Se pueden introducir nuevas distinciones, refinarlos, desconstruirlos, supeditarlos según un ordenamiento

²⁶⁸ LUHMANN, Niklas. **El Derecho de la sociedad**. Universidad Iberoamericana: México, 2002. p. 450.

²⁶⁹ LUHMANN, Niklas. **El Derecho de la sociedad**. Universidad Iberoamericana: México, 2002. p. 450: “Tanto para las reglas como para los conceptos es válida la determinación de que deben servir para la reutilización en el sentido de la doble referencia de condensación y confirmación. Los conceptos deben ser identificables en el sentido de reconocibles. Ya han sido bautizados: ratio decidendi, obiter dictum, delegación, felonía, acto administrativo, acto punible, efectos de los derechos fundamentales a terceros – y así miles.”

superior²⁷⁰.

O conceito é uma forma de de construção do sistema sobre ele mesmo. Aparece em contraposição aos interesses. Esta questão é interessante. O conceito não pode se apresentar como interesse. É sabido que os conceitos, efetivamente, são frutos de interesses os mais diversos. Entretanto, devem se apresentar como redundância: “los conceptos son experiencia almacenada a partir de casos jurídicos – pero que ya no se admiten como experiencias ni se discuten críticamente”²⁷¹. Dentro do contexto da discussão desse capítulo, que é o da seleção de concepções de serviço público, significa que o conceito desse ou daquele doutrinador deve se apresentar como o conceito de serviço público fiel ao ordenamento. Sublima-se o fato, por exemplo, de o doutrinador que escreve vinculando atividade notarial a serviço público, em realidade, também ser um advogado que está a representar os interesses de classe daquela mesma atividade. O conceito é apresentado, justamente, como produção do próprio sistema jurídico, e não como interesse externo ao Direito.

Com os conceitos, o sistema gera identidades – identidades essas que se traduzem em centros de referência que dão ao mesmo tempo significado ao Direito, deflagram conseqüências e permitem a sua abertura cognitiva aos fatos, enlaçando esses fatos com conceitos²⁷².

O conceito de serviço público é selecionado a partir de três principais “tentativas” de caracterização²⁷³. Os conceitos doutrinários usualmente recaem em alguma dessas variantes (subjativa, objetiva, regime jurídico).

A concepção subjativa²⁷⁴ de serviço público está ligada à idéia de serviços delegados ao Estado.

²⁷⁰ LUHMANN, Niklas. **El Derecho de la sociedad**. Universidad Iberoamericana: México, 2002. p. 453.

²⁷¹ LUHMANN, Niklas. **El Derecho de la sociedad**. Universidad Iberoamericana: México, 2002. p. 458.

²⁷² LUHMANN, Niklas. **El Derecho de la sociedad**. Universidad Iberoamericana: México, 2002. p. 458: “En el fondo de los conceptos subyace, por cierto, la tautología y la recursividad general de las operaciones del sistema. Pelo los conceptos posibilitan precisamente el despliegue de la tautología, su descomposición en identidades distinguibles a las que puede hacer referencia para distinguir probloemas de derecho.”

²⁷³ GRECO, Marco Aurélio. Aspectos da concessão de serviço público. **Revista de Direito Público**. São Paulo: Revista dos Tribunais. v. 21, p.53: “Os autores que buscam formular uma noção de serviço público podem ser enquadrados, essencialmente, em três correntes distintas.”

Ou seja, o serviço é público, ou passa a ser público, em razão de a sua titularidade ser conferida ao Estado. A esse poder de tornar públicas determinadas atividades, a concepção subjetiva acrescenta outra, a de definir a organização das estruturas públicas voltadas ao exercício dessas atividades por meio das técnicas de descentralização e de desconcentração administrativas²⁷⁵.

Só são serviço público aquelas atividades prestadas pelo Estado. Obviamente que aí há grandes problemas, posto que uma série de serviços relevantes são executados por particulares e, desse modo, não seriam considerados serviço público. Considera-se que, se algo é serviço público, incide sobre ele uma série de garantias ligadas à cidadania, evitando-se, com isso, relações instrumentais-mercantilistas. Do mesmo modo, por via reflexa, bastaria o Estado delegar todas as suas atividades a particulares para que não mais existisse serviço público.

Um outro critério de construção do conceito de serviço público seria o objetivo, isso é, serviço público seria aquilo que tem determinada característica²⁷⁶. O problema aqui é a fixação de uma estrutura em constante mudança e conflito. É muito difícil, para não dizer impossível, achar um critério material/ontológico capaz de cruzar a fronteira entre o serviço público /não serviço público, que seja capaz de se estabilizar²⁷⁷. O critério acaba redundando em mera opinião da doutrina, ou em decisão casuística da Justiça. É muito simples a idéia de que serviço público é algo que representa o interesse geral, pois “nem tudo aquilo que constitui o interesse geral ou coletivo é serviço público (exemplo: o poder de polícia), mas tudo que constitui serviço público é necessariamente de interesse geral ou

²⁷⁴ GUGLIELMI, Gilles; KOUBI, Geneviève. **Droit du Service Public**. 2ª ed. Paris: Montchrestien, 2007. p. 90: “L’approche organique ni signifie pas que le service public soit une structure publique, un établissement ou une institution. Elle vient de ce que l’activité à définir relève d’une structure qui dépend, pour une part, d’une collectivité publique. Mais le trait dominant du service public est indéniablement l’activité d’intérêt général, même si celle-ci est prise en charge par une personne privée. »

²⁷⁵ FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Direito Administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 704.

²⁷⁶ GUGLIELMI, Gilles; KOUBI, Geneviève. **Droit du Service Public**. 2ª ed. Paris: Montchrestien, 2007. p. 95: “Si leurs démarches, mettant en valeur la conception matérielle du service public, ne permettent pas de construire une définition objective de la notion, elles trahissent pour l’essentiel l’importance de la notion d’intérêt général en droit administratif français.”

²⁷⁷ GRECO, Marco Aurélio. Aspectos da concessão de serviço público. **Revista de Direito Público**. São Paulo: Revista dos Tribunais. v. 21, p.54: “O conceito objetivo de serviço é o encontrável na grande maioria dos autores. A simples indicação de alguns deles demonstra a total fluidez e imprecisão do conceito, juridicamente. Assim, via de regra, define-se serviço público como: “Serviço público administrativo é toda atividade de que o Estado exerce para cumprir seus fins, exceto a judiciária.”

coletivo”²⁷⁸. Para agravar, nem o constituinte, nem as leis ordinárias traçam os critérios suficientes para se saber o que é serviço público.

Finalmente, existe o critério do regime jurídico. Será serviço público tudo aquilo que se submeter ao regime jurídico do serviço público. Obviamente há, aí, uma inversão, porque é necessário saber antes o que é serviço público para só depois se enlaçar o regime jurídico²⁷⁹. Note-se que a doutrina encontra sérias dificuldades, em vista de sua ligação com a ontologia platônica, em construir, de maneira coerente, o regime jurídico dos serviços públicos. Ou se aplica o regime jurídico de Direito Administrativo, ou se aplica o comercial/consumerista. Entende-se que um dado instituto jurídico “pertence” a um ou outro ramo, de modo que não é possível a combinação de normas, o que gera, evidentemente, dificuldades.

Alexandre Santos de Aragão propõe uma classificação dos serviços públicos em noção amplíssima²⁸⁰, ampla (abrangendo serviços *uti universi* e *uti singuli*), restrita (somente serviços públicos econômicos) e o que considera adequado, a ser observado mais adiante.

Adiante existe uma tentativa de buscar fundamentos para a elaboração de critérios de avaliação de conceitos jurídicos e sua tentativa de aplicação ao conceito de serviço público. De todo modo, já se tem, de antemão, a advertência de Luhmann: “el jurista tiene que viver com hecho de que su argumentación, por bien pensada que está, no siempre determina la última decisión [...] las razones últimas son siempre, pues, las penúltimas”²⁸¹.

²⁷⁸ RODRIGUES, Itiberê de Oliveira Castellano. Fundamentos Dogmático-Jurídicos dos Serviços Públicos na Constituição de 1988. In: REIS, Jorge Renato dos; LEAL, Rogério Gesta. **Direitos Sociais e Políticas Públicas**. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2007. p.2190.

²⁷⁹ RODRIGUES, Itiberê de Oliveira Castellano. Fundamentos Dogmático-Jurídicos dos Serviços Públicos na Constituição de 1988. In: REIS, Jorge Renato dos; LEAL, Rogério Gesta. **Direitos Sociais e Políticas Públicas**. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2007. p.2197: “Mas, nesse contexto, é forçoso concluir que esse critério formal (ou do regime jurídico) não possui vida própria e autônoma, sendo apenas uma consequência ou decorrência lógica da prévia aplicação ou do critério subjetivo (ou orgânico), ou do critério objetivo (ou material).”

²⁸⁰ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos Serviços Públicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 155: “A primeira acepção (amplíssima), apesar de correspondente à noção clássica francesa de serviço público, que definia o próprio Estado como um conjunto de serviços públicos, em cujo conceito estariam até as atividades jurisdicionais e legislativas, poderia até ser adotada em um trabalho de ciência política ou de sociologia, mas seria de escassa utilidade em um estudo jurídico, já que abrangeria atividades totalmente díspares entre si em termos de regime jurídico.”

²⁸¹ LUHMANN, Niklas. **El Derecho de la sociedad**. Universidad Iberoamericana: México, 2002. p. 471.

Na linha que vem sendo adotada nesse trabalho, acredita-se que, apesar da observação eminentemente sociológica que vem sendo travada, é possível estabelecer parâmetros de reentrada no sistema.

3.2 Autodescrição da argumentação jurídica

É necessário buscar autores que preencham a função de redundância descrita por Luhmann. Argumentos devem convencer indivíduos acoplados diretamente ao sistema jurídico.

Trata-se, desse modo, de achar argumentos que formem, sim, redundâncias no sistema. Entretanto, é preciso dar conteúdo normativo para essas redundâncias. É necessário trabalhar com distinções – distinções essas que irão tornar-se unidade no sistema. É possível fazer isso se a perspectiva estiver sendo construída não a partir de uma sociologia do Direito²⁸², mas a partir da teoria do Direito construída a partir da Sociologia do Direito. Para tanto, busca-se ajuda em Habermas.

As descrições sobre o serviço público sempre estão envoltas com distinções. Os juristas alteram um que outro elemento, entretanto sempre há a presença da distinção público/não-público e serviço/ não-serviço. Não é objetivo desse trabalho dizer quais são os melhores argumentos para a formação do melhor conceito de serviço público, mas sim entender se é possível observar normativamente a questão, isto é, se é possível dizer que existem procedimentos capazes de levar a algum argumento efetivamente melhor, mesmo que não definitivo.

²⁸² LUHMANN, Niklas. **El Derecho de la sociedad**. Universidad Iberoamericana: México, 2002. p. 85: “A diferencia de las teorías jurisprudenciales, de la filosofía del derecho o de cualquier otra teoría que esté dirigida al uso del sistema jurídico o que, de alguna forma, pretenda utilizar y elaborar el sentido allí evidenciado, el destinatario de la sociología del derecho no es el sistema jurídico, sino el sistema de la ciencia.”

Para Habermas²⁸³, um argumento que tenha a capacidade de motivar racionalmente um falante acerca da verdade não pode estar “encostado” em um raciocínio dedutivo ou lógico, uma vez que esses se fecham em si mesmos em circularidade (conforme a teoria de Hans Albert). O argumento racional gera uma “coação” apenas argumentativa no sujeito. Uma teoria da argumentação consensual tem de explicar o uso desses argumentos em discursos que têm a pretensão de serem “universais”, i.e., capazes de uma adesão universal²⁸⁴, mas que são gestados e testados em contextos factuais bem específicos²⁸⁵. As dúvidas existentes só poderão ser decididas em um discurso crítico, mas o resultado da solução dessas dúvidas só poderá estabilizar-se se estiver bem incrustado em um consenso. Um conceito de serviço público deveria apoiar-se, portanto, em consensos críticos.

Obviamente que, se o dissenso ou o consenso faticamente mal formulados são a regra, isso não melindra a exigência performativa da única alternativa à violência, que é o consenso:

[...] o conceito de discurso racional conserva o *status* de uma forma de comunicação privilegiada, que exorta os participantes a uma contínua descentração de suas perspectivas cognitivas. Os pressupostos de comunicação normativamente exigentes e incontornáveis da práxis argumentativa têm sempre o sentido de uma obrigação estrutural que nos leva a formar um juízo imparcial. Pois a argumentação permanece como o único meio *disponível* para se certificar da verdade, porque não há outra maneira de examinar as pretensões de verdade tornadas problemáticas. Não existe um acesso direto, não filtrado pelo discurso, às condições de verdade de convicções empíricas. Com efeito, só se tematiza a verdade de opiniões abaladas – de opiniões desentocadas da inquestionabilidade

²⁸³ Boa parte dessas reflexões são aproveitadas da dissertação de mestrado do autor. Ver: RECK, Janriê Rodrigues. **Dissertação de Mestrado**. Inédita. A Construção da Gestão Pública Compartida: o uso da proposição habermasiana da ação comunicativa na definição e execução compartilhada do interesse público. Santa Cruz do Sul, 2006. Orientador Prof. Dr. Rogério Gesta Leal.

²⁸⁴ HABERMAS, Jürgen. **Verdade e Justificação**: ensaios filosóficos. São Paulo: Loyola, 2004. p. 255: “Visto que todos os discursos reais, que se desenrolam no tempo, são provincianos em relação ao futuro, não podemos saber se os enunciados que hoje, mesmo em condições aproximativamente ideais, são racionalmente aceitáveis, se afirmarão também no futuro contra tentativas de refutação. Por outro lado, esse mesmo provincianismo condena nosso espírito finito a se contentar com a aceitabilidade racional como uma prova suficiente da verdade [...]”

²⁸⁵ HABERMAS, Jürgen. **Teoría de La Acción Comunicativa**: Complementos y Estudios Previos. Madrid: Catedra, 1994. p.103: “El asentimiento fáctico de unas cuantas personas a las que me es posible acceder, podrá contar tanto más con el asentimiento de otros críticos cuanto menos sean las razones que yo y otros tengamos para dudar de su competencia de juicio.”

das certezas de ações que funcionam²⁸⁶.

A verdade de enunciados não está desconectada da competência dos críticos, sua atuação e seu procedimento de geração. Esse procedimento há de ser o mais hígido, mais racional²⁸⁷ e mais honesto possível, a fim de que gere uma certeza na criticidade dos falantes.²⁸⁸

Un consenso alcanzado argumentativamente es condición suficiente de resolución o desempeño de pretensiones de validez discursivas si y sólo si en virtud de las propiedades formales del discurso está asegurado el paso libre entre los distintos niveles de discurso. Y, ¿cuáles son las cualidades formales que cumplen esa condición? Mi tesis es: las propiedades de una situación ideal de habla²⁸⁹.

Assim, para Habermas, um consenso racional é possível quando há a possibilidade de uma crítica radical do conhecimento gerado.

Aqui, no nível do discurso racional, o modo performativo caracterizado por uma suposição incondicional de verdade é visto em suspenso e transformado na peculiar ambivalência dos participantes de um discurso. Eles assumem uma atitude hipotética e falibilista em relação a alegações que, na medida em que são problemáticas, precisam ser justificadas, mas que, por outro lado, na medida em que pretendem uma validade incondicional, apontam para além do contexto dado de justificação. Essa referência transcendente a algo situado no mundo objetivo lembra os participantes de que o conhecimento em pauta surgiu em primeiro lugar do conhecimento das pessoas enquanto agentes; assim, eles não se esquecem do papel transitório desempenhado pela argumentação no contexto mais amplo do mundo vital. A relação intrínseca entre verdade e justificação é revelada pela função pragmática de conhecimento, oscila entre as práticas cotidianas e os discursos. Os discursos são como máquinas de lavar: filtram aquilo que é racionalmente aceitável para todos. Separam as crenças questionáveis e desqualificadas

²⁸⁶ HABERMAS, Jürgen. **Verdade e Justificação**: ensaios filosóficos. São Paulo: Loyola, 2004. p.49.

²⁸⁷ HABERMAS, Jürgen. **Verdade e Justificação**: ensaios filosóficos. São Paulo: Loyola, 2004. p.104: “Isso não significa que opiniões ou convicções racionais sempre se constituem de juízos verdadeiros. Quem compartilha concepções que se revelam falsas não é *eo ipso* irracional; irracional é quem defende suas opiniões dogmaticamente, se prende a elas mesmo vendo que não pode fundamentá-las.”

²⁸⁸ APEL, Karl-Otto. **Transformação da Filosofia II**: o a priori da comunidade de comunicação. São Paulo: Loyola, 2000. p.480: “Quem argumenta reconhece implicitamente todas as reivindicações possíveis de todos os membros da comunidade de comunicação que se podem justificar por meio de argumentos racionais (pois do contrário o anseio da argumentação iria restringir tematicamente a si mesmo), e ainda se compromete, ao mesmo tempo, a utilizar-se de argumentos para justificar todos os próprios anseios que dirige aos outros. Além disso, ao meu ver, os membros da comunidade comunicacional (e isso quer dizer implicitamente: todos os seres pensantes) também estão obrigados a levar em consideração todas as virtuais reivindicações de todos os virtuais membros da comunidade – ou seja: todas as “carências” humanas, desde que seja possível para elas apresentar quaisquer reivindicações para os demais seres humanos.”

²⁸⁹ HABERMAS, Jürgen. **Teoría de La Acción Comunicativa**: Complementos y Estudios Previos. Madrid: Catedra, 1994. p.153

daquelas que, por um certo tempo, recebem licença para voltar ao *status* de conhecimento não-problemático²⁹⁰.

Mas que tipo de procedimento é esse? É apenas nesse contexto que é inserido o famoso conceito habermasiano:

Mi tesis es pues: la *anticipación de una situación ideal de habla* es lo que garantiza que podamos asociar a un consenso alcanzado fácticamente la pretensión de ser un consenso racional. Al propio tiempo, esa anticipación es una instancia crítica que nos permite poner en cuestión todo consenso tácticamente alcanzado y proceder a comprobar si puede considerarse indicador suficiente de un entendimiento real [grifos do autor]²⁹¹.

Trata-se de uma idealização contrafática (tais como as de que existe tempo, espaço, continuidade, causalidade e auto-causação, etc.) que permite uma visão crítica do contexto. Situação ideal de fala é uma comunicação que está livre, tanto das contingências restritivas da liberdade temática externas à situação como as internas (ideologias, crenças, etc.)²⁹². Os postulados que regulam a idéia de situação ideal de fala giram em torno da idéia de universalização. O primeiro postulado é que todo o participante deveria ter a mesma oportunidade de empreender atos de fala, como discurso, réplicas e respostas. O segundo é a universalização para todos os tipos de temáticas. Os falantes devem ter a mesma liberdade, não só de crítica, mas também de emitir atos expressivos, a fim de realizar a confiança entre os atores. Do mesmo modo, os atores têm de ter a mesma liberdade de realizarem atos regulativos, a fim de praticarem a liberdade de ação que leva à verdade.

²⁹⁰ HABERMAS, Jürgen. **A Ética da Discussão e a Questão da Verdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p.62-63.

²⁹¹ HABERMAS, Jürgen. **Teoría de La Acción Comunicativa**: Complementos y Estudios Previos. Madrid: Catedra, 1994.p.105.

²⁹² THOMPSON, John B. **Critical Hermeneutics**: a study in the thought of Paul Ricoeur and Jürgen Habermas. Cambridge University Press: New York, 1990. p.201: "Habermas maintains that the ideal speech situation is a necessary presupposition of linguistic communication. The argument in support of this thesis may be reconstructed in seven steps:

- (1) The process of communication implies that it is possible for at least two subjects to come to an agreement about a state of affairs.
- (2) To come to an agreement implies that it is possible to distinguish between a genuine and a deceptive agreement.
- (3) A genuine agreement is an agreement induced by the force of argument alone.
- (4) The force of better argument prevails if and only if communication is not hindered through external and internal constraints.
- (5) Communication is not hindered through internal constraints if and only if for all potential participants there is a symmetrical distribution of chances to select and employ speech-acts.
- (6) A situation in which there is a symmetrical distribution of chances to select and employ communicative, constative, representative and regulative speech-acts is an ideal speech situation. Therefore, the process of communication implies the possibility of an ideal speech situation."

Em Habermas, existem analogias entre proferimentos assertóricos (asserções de fatos) e não-assertóricos (acerca de estados de espírito e de normas). Assemelham-se em sua estrutura argumentativa. Ambos são racionais e advêm de convencimentos recíprocos entre os participantes, cujos resultados são estabilizados a partir da intersubjetividade. Habermas supera, assim, tanto a posição positivista-metafísica de um acesso não comunicativo ou monológico à verdade, bem como a visão decisionista de racionalidade prática. Não é qualquer decisão que vale, mas sim, uma decisão racional, e a decisão racional implica várias coisas.

Então, é interessante que uma distinção implica consenso em Habermas, ou, pelo menos, sua possibilidade. A argumentação racional orientada à correção, conforme visto anteriormente, pode ser enfocada a partir da Moral, da Ética e do Direito, sendo que os dois primeiros enfoques acabam por influenciar o último, o qual conta também com acordos pragmáticos. As normas que retrocedem a um procedimento racional de formação possuem uma força obrigatória que advém da convicção. Depois, dependendo do caso, pode essa convicção ser reforçada em forma de sanção moral ou jurídica:

The internal connection between norms and justifying grounds constitutes the rational foundation of normative validity. This can be confirmed at the phenomenological level by the corresponding sense of obligation. Duties bind (binden) the will but do not bend (beugen) it. They point the will in a certain direction and give it orientation but do not compel it as impulses do; they motivate through reasons and lack the impulsive force of purely empirical motives. Hence the empirist notion that norms obligate only to the extent that they are backed up by well-founded expectations of sanctions neglects the fundamental intuition that the noncoercive binding force is transferred from the validity of a valid norm to the duty and the act of feeling obligated. Only the affective reactions to the violation and the perpetrator – resentment, outrage, and contempt – are expressed in the sanctions that result from transgressions of norms²⁹³.

Enquanto a razão prática, dada a herança kantiana, está ligada à idéia de construção de uma moral, a racionalidade discursiva no Direito, para Habermas, é análoga à prática kantiana, porém mais abrangente que esta, compreendendo acordos éticos e pragmáticos. Eis a razão pela qual Habermas prefere falar, em

²⁹³ HABERMAS, Jürgen. **Justification and Application**: Remarks on Discourse Ethics. Cambridge: Mit press, 2001. p.41.

Faticidade e Validade, de uma racionalidade comunicativa, ao invés de uma prática: é para denotar que sua racionalidade pretende ir além do rigorismo abstrato da racionalidade moral kantiana.

É possível analisar a estrutura dos argumentos quanto à sua aceitabilidade racional. Os discursos normativos prático-morais regem-se por um princípio de universalização e do discurso. esse princípio do discurso, quando se trata de normativas jurídicas, transmuda-se em princípio democrático, o qual se engata com a linguagem jurídica. A materialização do princípio do discurso submete-se a exigências diferentes conforme as pretensões de validade defendidas.

A situação perante a qual os participantes asseguram-se de uma decisão legítima é análoga à situação de ideal de fala e tem de ser tão mais rigorosa quanto mais universais forem as pretensões da norma a ser criada. Esses espaços de geração de normas têm de materializar o princípio do discurso como liberdade de participação, atribuição de sinceridade aos participantes, ausência de coerções, liberdade temática, seriedade das contribuições, seriedade na execução das decisões, possibilidade de reunião, livre fluxo de informações, etc.²⁹⁴ – enfim, liberdades de comunicação. Habermas aponta a contradição de condições ideais de comunicação que nunca serão completamente atingidas²⁹⁵, mas que, por outro lado, não podem deixar de serem pressupostas, uma vez que contraria o saber intuitivo dos participantes que uma decisão que tenha de vincular a todos não tenha sido regida por uma situação ótima de fala. Os participantes sabem que, diante da impossibilidade de um cidadão participar, de ter havido coação, ou o quer que seja, não será possível atribuir a legitimidade necessária à norma em questão.

²⁹⁴ HABERMAS, Jürgen. **Justification and Application**: Remarks on Discourse Ethics. Cambridge: Mit press, 2001.p.31: “Anyone who seriously engages in argumentation must presuppose that the context of discussion guarantees in principle freedom of access, equal rights to participate, truthfulness on the part of participants, absence of coercion in adopting positions, and so on. If the participants genuinely want to convince one another, they must make the pragmatic assumption that they allow their “yes” and “no” responses to be influenced solely by the force of the better argument.”

²⁹⁵ HABERMAS, Jürgen. **Justification and Application**: Remarks on Discourse Ethics. Cambridge: Mit press, 2001. p.55-56: “We know at least intuitively that certain of these presuppositions cannot be fulfilled under normal empirical restrictions, yet we must nevertheless assume that these idealizing presuppositions are sufficiently fulfilled.”

Every speaker knows intuitively that an alleged argument is not a serious one if the appropriate conditions are violated – for example, if certain individuals are not allowed to participate, issues or contributions are suppressed, agreement or disagreement is manipulated by insinuations or by the threat of sanctions, and the like²⁹⁶.

Assim, uma situação de geração de atos vinculados tem de pressupor determinados conteúdos pertinentes ao princípio “D”, para que seja possível a formação de um conteúdo racional e uma adesão à norma em termos de legitimidade.

As quatro pressuposições [nota do autor: pressuposições da comunicação regida pelo melhor argumento]: (a) publicidade e inclusão: ninguém que, à vista de uma exigência de validade controversa, possa trazer uma contribuição relevante, deve ser excluído; (b) direitos comunicativos iguais: a todos são dadas as mesmas chances de se expressar sobre as coisas; (c) exclusão de enganos e ilusões: os participantes devem pretender o que dizem; e (d) não-coação: a comunicação deve estar livre de restrições, que impedem que o melhor argumento venha à tona e determine a saída da discussão. Os pressupostos (a), (b) e (d) estabelecem as regras do processo de argumentação de um universalismo igualitário, que tem por conseqüências, considerando as perguntas morais-práticas, que os interesses e orientações de valores de cada envolvido sejam considerados igualmente. E porque nos discursos práticos os participantes são simultaneamente os envolvidos, assume o pressuposto (c) que, considerando as perguntas teórico-empíricas, exige exclusivamente uma ponderação correta e imparcial dos argumentos, o significado adicional de estar aberto hermeneuticamente e de ser sensível contra o auto-engano criticamente, tanto em relação à autocompreensão como referentemente à compreensão dos mundo dos outros²⁹⁷.

Somente quando as condições de assertibilidade mínima são atingidas, torna-se possível a verificação do erro e a aprendizagem posterior²⁹⁸. O processo de argumentação permite o progressivo alargamento de temas e participantes²⁹⁹:

²⁹⁶ HABERMAS, Jürgen. **Justification and Application: Remarks on Discourse Ethics**. Cambridge: Mit press, 2001.p.56.

²⁹⁷ HABERMAS, Jürgen. **Agir Comunicativo e Razão Destranscendentalizada**. São Paulo: Tempo Brasileiro, 2002. p.67

²⁹⁸ HABERMAS, Jürgen. **Agir Comunicativo e Razão Destranscendentalizada**. São Paulo: Tempo Brasileiro, 2002. p.68: "O processo de argumentação é um procedimento autocorretivo no sentido de que, por exemplo, fundamentos para a liberalização "atrasada" do regulamento e da condução da discussão, para a alteração de um círculo de participantes não suficientemente representativo, para uma ampliação da agenda ou um aperfeiçoamento da base da informação resultam dele mesmo, do decorrer de uma discussão pouco satisfatória."

²⁹⁹ HABERMAS, Jürgen. **Agir Comunicativo e Razão Destranscendentalizada**. São Paulo: Tempo Brasileiro, 2002. p.70: "A validade de tais normas "consiste" no reconhecimento universal que as normas ganham. Porque as exigências de validade morais falham em relação às conotações ontológicas que são características para as exigências de verdade, a orientação para o

Como sempre também a imagem de uma comunidade de comunicação idealmente alargada (Apel) que, sob condições de conhecimento ideais (Putnam), diante de um auditório ideal (Perelman) ou em uma situação de fala ideal (Habermas), consegue um acordo fundamentado, induz ao erro, não permanecemos de modo algum poupados de idealizações semelhantes. Então, a ferida que uma exigência de verdade tornada problemática na prática cotidiana escancara, deve ser curada nos discursos que, ou através de evidências "concludentes" ou através de argumentos "convincentes", podem ser finalizados de uma vez por todas. [...]. Convicente é o que pode ser aceito como racional. A aceitabilidade racional depende de um procedimento que não protege "nossos" argumentos contra ninguém nem contra nada. O processo de argumentação como tal deve permanecer aberto para todas as objeções relevantes e para todos os aperfeiçoamentos das circunstâncias epistêmicas³⁰⁰.

Há um aparente paradoxo na relação aqueles dois princípios que estão no fundamento da autoinflexão social, ou possibilidade de um dado agrupamento atuar sobre si mesmo, através do meio Direito, que é o Princípio do Discurso (ou da Democracia) e o Princípio do Direito.

A aparente contradição reside na indagação de como será possível a legitimação de um saber profano, uma mera comunicação que a todo instante pode ser modificada, mas que, enquanto não modificada, vige? Todas as normas são modificáveis em qualquer momento, até mesmo as constitucionais que são declaradas pela própria Constituição irrevogáveis (se ocorrer uma revolução ou algo que valha).

Desse modo, é possível caracterizar a leitura de Habermas como uma autodescrição do Direito – como uma teoria que descreve normativamente uma construção peculiar, que é a do Estado Democrático de Direito – cujo ideal utópico é, como se sabe, uma união entre uma política participativa e um Direito que limita e condiciona a política. Obviamente, isso não melindra a diferença entre os sistemas:

alargamento do mundo social, portanto a inclusão sempre mais ampla de exigências e pessoas estranhas, se coloca no lugar dos referentes do mundo objetivo. A validade de uma afirmação moral tem o sentido epistêmico de que seria aceita, sob condições ideais de justificação. Entretanto, quando a "correção moral" esgota seu sentido como aceitabilidade racional, diferentemente de como "verdade", nossas convicções morais devem permitir finalmente, a partir do potencial crítico do auto-ultrapassamento e da descentralização que é construído com a "perturbação", uma antecipação idealizadora na prática da argumentação - e na autocompreensão de seus participantes."

³⁰⁰ HABERMAS, Jürgen. **Agir Comunicativo e Razão Destranscendentalizada**. São Paulo: Tempo Brasileiro, 2002. p. 59.

Política e Direito têm sido conciliados sob a fórmula do “Estado de Direito.” isso tem permitido ao Direito externalizar seu próprio paradoxo e o esquecer no caminho da política. Tem-se partido do princípio de que uma criação do Direito politicamente motivada é “justificada” dentro do quadro da Constituição, de forma tal que a questão reside em saber se o Direito não é mais estabelecido pela introdução da distinção Direito e não-Direito [...] [feita] por si próprio no interior do sistema jurídico. O terceiro excluído, o parasita, absorve esse problema. O pensamento jurídico encontra-se profundamente deslocado do que é relevante. Sob a condição de estabelecer a validade do Direito, a política tem sido convidada à mesa. Mas ainda assim, como nós podemos ver claramente, ela ainda se comporta como parasita³⁰¹.

A estabilização e a legitimidade são possíveis a partir de uma suposição de sua formação democrática racional, ou seja, que todos os atingidos, de uma maneira ou outra, puderam participar de sua formação com bons argumentos. O que é dado de antemão é o próprio meio de argumentação, o Direito:

[...] quando se trata de decidir se cabe ou não institucionalizar sob a forma de direitos políticos do cidadão os pressupostos da comunicação com base nos quais os cidadãos julgam se é legítimo o direito que eles mesmos firmam à luz do princípio discursivo, aí, então o código binário precisa estar como tal à disposição. Para a instituição desse código, entretanto, é necessário criar o status das pessoas do direito que pertençam, enquanto portadores de direitos subjetivos, a uma associação voluntária de jurisconsortes e que efetivamente façam valer por meios judiciais suas respectivas reivindicações jurídicas. Não há direito algum sem a autonomia privada de pessoas do Direito. Portanto, sem os direitos fundamentais que asseguram a autonomia privada dos cidadãos, não haveria tampouco um médium para a institucionalização jurídica das condições sob as quais eles mesmos podem fazer uso da autonomia pública ao desempenharem seu papel de cidadãos do Estado. Dessa maneira, a autonomia privada e pública pressupõem-se mutuamente, sem que os direitos humanos possam reivindicar um primado sobre a soberania popular, nem essa sobre aquele³⁰².

Já o Princípio do Discurso fundamenta-se em uma noção de troca argumentativa ou intersubjetividade. Habermas pretende que as forças de solidariedade e coordenação presentes na interação cotidiana, a razão comunicativa³⁰³, possam ser transportadas para a problemática do Direito. Os

³⁰¹ LUHMANN, Niklas A Restituição do Décimo Segundo Camelo: do Sentido de uma Análise Sociológica do Direito. LOPES JÚNIOR, Dalmir; ARNAUD, André-Jean (Orgs.). **Niklas Luhmann: do Sistema Social à Sociologia Jurídica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p.89.

³⁰² HABERMAS, Jürgen. **A Inclusão do Outro**. São Paulo: Loyola, 2002. p.293.

³⁰³ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre faticidade e validade**. v.I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p.20: “A razão comunicativa, ao contrário da figura clássica da razão prática, não é fonte de normas do agir. Ela possui um conteúdo normativo, porém somente na medida em que o que age comunicativamente é obrigado a apoiar-se em pressupostos pragmáticos de tipo contrafactual. Ou seja, ele é obrigado a empreender idealizações, por

agentes no cotidiano mutuamente selecionam comportamentos no intuito de entenderem-se uns com os outros, pressupondo, em suas ações, condições pragmáticas, a fim de tornarem possível a interação em um agir comunicativo. Habermas aproveita o engate entre a defesa de razões e a vinculação da ação para fazer a ligação entre vontade racional e coerção. O pensamento, articulando-se em proposições, é fundado em razões as quais podem sofrer uma apreciação crítica e, assim, uma adesão racional³⁰⁴.

O princípio do Discurso³⁰⁵ tem como conteúdo a necessidade de um discurso e as implicações mesmas de um discurso ideal, quais sejam, a de liberdade para proferimentos e racionalidade dos participantes.

Se se quer um Direito legítimo, ou seja, intersubjetivo, essa integração só será possível através da captação, através de um procedimento discursivamente mediado, que satisfaça os que agem comunicativamente, defendendo razões, e os que agem instrumentalmente, pela imposição de sanções³⁰⁶. Essa tensão entre comunicação e sanção traduz-se na tensão entre a validade que compõe as negociações para a formação do Direito e a faticidade de normas que são

exemplo, atribuir significado idêntico a enunciados, a levantar uma pretensão de validade em relação aos proferimentos e a considerar os destinatários imputáveis, isso é, autônomos e verazes consigo mesmos e com os outros.”

³⁰⁴ HABERMAS, Jürgen. **Pensamento Pós-Metafísico**: estudos filosóficos. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990. p.72: "Uma vez que o agir comunicativo depende do uso da linguagem dirigida ao entendimento, ele deve preencher condições mais rigorosas. Os atores participantes tentam definir cooperativamente os seus planos de ação, levando em conta uns aos outros, no horizonte de um mundo da vida compartilhado na base de interpretações comuns da situação. Além disso, eles estão dispostos a atingir esses objetivos mediatos da definição da situação e da escolha dos fins assumindo o papel de falantes e ouvintes, que falam e ouvem através de *processos de entendimento*. O entendimento através da linguagem funciona da seguinte maneira: os participantes da interação unem-se através da validade pretendida de suas ações de fala ou tomam em consideração os dissensos constatados. Através das ações de fala são levantadas pretensões de validade criticáveis, as quais apontam para um reconhecimento intersubjetivo. A oferta contida num ato de fala adquire força obrigatória quando o falante garante, através de sua pretensão de validade, que está em condições de resgatar essa pretensão, caso seja exigido, empregando o tipo correto de argumentos.”[grifos do autor].

³⁰⁵ HABERMAS, Jürgen. **A Inclusão do Outro**. São Paulo: Loyola, 2002. p.56: “[...] só podem aspirar por validade as normas que puderem merecer a concordância de todos os envolvidos em discursos práticos.”

³⁰⁶ Esse processo já ocorreu, com certeza de maneira capenga, mas com fragmentos de democracia, no discurso constitucional e infraconstitucional. O que se pretende com essas considerações é fundamentar também a necessidade de que atos administrativos também revistam-se da legitimidade democrática.

impostas a partir das operações estatais. As normas garantem a liberdade para quem comunica e coage os que agem instrumentalmente³⁰⁷.

Esse assentimento racional a partir da ação comunicativa vai ser possível através de uma aderência ou assentimento racional³⁰⁸, e de não uma mera adesão por regularidades causais ou costumes.

Existem duas problemáticas relacionadas no serviço público. É possível analisar se algo entendido como serviço público foi regulado de maneira legítima. Por outro lado, é possível pelo prisma da observação dogmática do serviço público. No caso do conceito de serviço público, o problema é que não há um procedimento comunicativo aberto. Esse conceito é gestado dentro de comunidades científicas e em tribunais. Simplesmente não é possível legitimá-lo recorrendo-se ao seu processo de criação. O que existe é uma legitimação indireta pelo próprio sistema do Direito.

Antes de se discutirem essas questões, segue a diferença entre discursos de justificação e aplicação, os quais podem ajudar um pouco a pensar o problema.

É possível postular, para a sensibilidade à diferença, uma racionalidade prática em dois estágios. Uma coisa é a imparcialidade que se expressa em um procedimento de justificação que se projeta para o futuro e para todos a partir de situações imagináveis. Esta operação pragmática, contudo, não dá conta da variedade de situações que surgem diante de uma norma já justificada³⁰⁹. Em

³⁰⁷ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre faticidade e validade. v.I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.p.60: “Se considerarmos o direito moderno, no âmbito desses parâmetros, como mecanismo que alivia as sobrecarregadas realizações de entendimento do que agem comunicativamente de tarefas de integração social, sem anular, em princípio, a liberação do espaço da comunicação, tornam-se compreensíveis dois aspectos do Direito: a positividade e a pretensão à aceitabilidade racional.”

³⁰⁸ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre faticidade e validade. v.I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p.97: “O consentimento, que pode ser visto no agir ordenado legitimamente, modifica-se conforme o tipo das garantias internas e externas, que vêm juntar-se aos argumentos de legitimidade. Ele se apóia num amálgama de argumentos e motivos empíricos, os quais têm origens distintas: são deduzidas de narrativas míticas, de cosmologias religiosas, de doutrinas metafísicas ou têm origem profana, resultando do uso pragmático-teleológico, ético ou moral da razão prática.”

³⁰⁹ HABERMAS, Jürgen. **Justification and Application**: Remarks on Discourse Ethics. Cambridge: Mit press, 2001. p.13: “Valid norms owe their abstract universality to the fact they withstand the universalization test only in a decontextualized form. But in this abstract formulation, they can be applied without qualification only to standard situations whose salient features have

realidade, a impossibilidade da previsão de todos os casos futuros é constitutiva para a própria norma, a qual indica o que é bom ou justo para a comunidade que a adota para todas as situações do futuro, mesmo as não previstas. Daí por que o sistema de Günther e Habermas ser estruturado duplamente, vez que é necessário mais um processo de generalização, agora voltado a todas as situações relevantes possíveis da situação, regidas por um juízo de “aplicabilidade”³¹⁰. Esse juízo de aplicabilidade “takes on the role played by the principle of universalization in justificatory discourses. Only the two principles taken together exhaust the idea of impartiality”³¹¹. Note-se, desse modo, que não há nenhuma oposição entre os discursos, pelo contrário, na visão dos autores, só os discursos de justificação e aplicação tomados *conjuntamente* exaurem a idéia de imparcialidade da razão prática³¹². Esta pretensão de imparcialidade é conectada com a idéia de símbolos de consistência e justiça de Luhmann.

É possível, então, distinguir discursos de justificação de normas e discursos de aplicação. Note-se que os dois tipos de discursos envolvem uma abordagem filosófica a partir da racionalidade prática. Os discursos de justificação são regrados pelo princípio do melhor interesse de todos, enquanto a aplicação é o discurso que, percebendo a complexidade da base de fato, escolhe a melhor a norma e a melhor interpretação, tornando coerente o ordenamento. Isso ocorre porque a própria pretensão de validade normativa pode se desdobrar nessas duas orientações: “in terms of the rationally motivated assent of all potentially

been integrated from the outset into the conditional components of the rule as conditions of application. Moreover, every justification of a norm is necessarily subject to the normal limitations of a finite, historically situated outlook that is provincial in regard to the future. Hence a fortiori it cannot already explicitly allow for all of the salient features that at the same time in the future will characterize the constellations of unforeseen individual cases”.

³¹⁰ HABERMAS, Jürgen. **Justification and Application**: Remarks on Discourse Ethics. Cambridge: MIT press, 2001. p.13-14: “For this reason, the application of norms calls for argumentative clarification in its own right. In this case, the impartiality of judgment cannot again be secured through a principle of universalization; rather, in addressing questions of context-sensitive application, practical reason must be informed by a principle of appropriateness (*Angemessenheit*). What must be determined here in which of the norms already accepted as valid is appropriate in a given case in the light of all relevant features of the situation conceived as exhaustively as possible.”

³¹¹ HABERMAS, Jürgen. **Justification and Application**: Remarks on Discourse Ethics. Cambridge: MIT press, 2001. p.37.

³¹² No que segue, foram aproveitadas as reflexões presentes em monografia realizada durante o curso. RECK, Janriê Rodrigues. **Monografia de Doutorado**. Inédita. A figura do “Decreto” e seus problemas de fundamentação, compreensão e aplicação. Disciplina ministrada pelo Prof. Dr. Lênio Streck.

affected that a valid norm earns and in terms of the totality of possible situations to which the norm capable of commanding assent in this manner can be applied”³¹³.

Como diz Günther:

Para a fundamentação é relevante exclusivamente a própria norma, independentemente de sua aplicação em cada uma das situações. Importa se é do interesse de todos que cada um observe a regra, visso que uma norma representa o interesse comum de todos e não depende de sua aplicação, mas dos motivos que conseguimos apresentar para que ela tenha de ser observada por todos como uma regra. Em contraposição, para a sua aplicação cada uma das situações é relevante, não importando se a observância geral também contempla o interesse de todos. Em vista de todas as circunstâncias especiais, o fundamental é se e *como* a regra teria de ser observada em determinada situação. Na aplicação devemos adotar, “como se estivéssemos naquela situação”, a pretensão da norma de ser observada por todos em toda situação (isso é, como uma regra), e confrontá-la com cada uma de suas características. O tema não é a validade da norma para cada um, individualmente, tampouco para os seus interesses, mas a adequação em relação a todas as características de uma única situação³¹⁴.

A pergunta que se coloca é a seguinte: trata-se de um discurso de justificação de normas o que fundamenta o conceito de serviço público? Sem dúvidas que é um discurso de justificação, por exemplo, um discurso que decida, mediante lei, dizer que o serviço público de esgoto terá essas ou aquelas características, ou uma lei geral de permissões e concessões, e assim por diante. Enfim, é cotidiana a produção legislativa sobre serviço público. Por um prisma de autodescrição do Direito, essa produção pode ser vista como legítima se estiver sob a égide das condições de Habermas. Entretanto, não é possível observar o problema das distinções que compõem o serviço dessa maneira. De fato, trata-se de uma prática comum no Direito evitar a discussão acerca da definição. Talvez

³¹³ HABERMAS, Jürgen. **Justification and Application**: Remarks on Discourse Ethics. Cambridge: Mit press, 2001. p.36.

³¹⁴ GÜNTHER, Klaus. **Teoria da Argumentação no Direito e na Moral**: justificação e aplicação. São Paulo: Landy, 2004. p. 70. E continua: “A decisão a respeito da validade de uma norma não implica qualquer decisão a respeito de sua adequação em uma situação, e vice-versa. Contudo, ambas representam respectivamente um determinado aspecto da idéia de imparcialidade: a exigência das conseqüências e dos efeitos colaterais, previsivelmente resultantes da observância geral de uma norma, para que os interesses de cada um individualmente possam ser aceitos por todos em conjunto, operacionaliza o sentido universal-recíproco da imparcialidade, enquanto que, complementarmente a isso, a necessidade de que, em cada uma das situações de aplicação, considerarem-se todas as características, operacionaliza o sentido aplicativo. Ao combinar ambos os aspectos entre si, aproximamo-nos do sentido completo de imparcialidade, como se fosse por caminhos bifurcados.” GÜNTHER, Klaus. **Teoria da Argumentação no Direito e na Moral**: justificação e aplicação. São Paulo: Landy, 2004. p.71.

essa prática esseja ligada a um processo de evitar o fechamento de possibilidades de significação, ou mesmo seja um processo de “reserva de mercado” para a doutrina (a doutrina, desse modo, não é substituída pela lei). Enfim, não há um processo análogo ao da produção de normas para o da produção de definições.

Se o conceito de serviço público deve produzir redundância, então esse conceito sempre está operativamente acoplado a discursos de justificação. O argumento sobre o serviço público sempre dirá que se enlaçou mais fielmente ao discurso de justificação, e isso talvez implique o exame do conteúdo de fundo do discurso. Por outro lado, existe um parentesco forte. Tanto é assim que os conceitos parecem gerar expectativas normativas. O conceito não é, contudo, uma resposta à pergunta de “o que se deve fazer” – muito embora esseja conectado a essa pergunta. O processo argumentativo do conceito de serviço público ocorre em instâncias diferentes. Enfim, no mínimo, não está o conceito de serviço público fundamentado em discursos de justificação em seu modelo mais original.

Uma aplicação racional da lei para Habermas e Günther tem de perceber, para os fins de coerência com o ordenamento e para uma aplicação imparcial não uma operação prévia de purificação de fatos e normas, mas, pelo contrário, há de se ter no horizonte todas as situações de fato relevantes, sob pena de cair-se em uma outra espécie de dogmatismo ou em uma insuficiente prestação jurisdicional pela falta de consideração de uma questão relevante³¹⁵.

Habermas vê a aplicação do Direito como racional, mas precisa encontrar os parâmetros ou vetores mínimos de racionalidade. Assim, uma decisão dentro do Direito deve ser aceitável racionalmente e, ao mesmo tempo, consistente. Isso significa que, a um só fôlego, a decisão deve reportar-se ao emaranhado prévio de decisões e tradições, mas também deve ser fundamentada racionalmente:

³¹⁵ GÜNTHER, Klaus. **Teoria da Argumentação no Direito e na Moral**: justificação e aplicação. São Paulo: Landy, 2004. p.23: “Ao deixarmos ao acaso o ato de escolha das características relevantes em uma dada situação, tanto a ação como a reação correm o risco de serem avaliadas inadequadamente. Nesse caso, sempre dependerá de disposições individuais fortuitas e de circunstâncias especiais para avaliarmos corretamente uma situação.”

“como garantir segurança jurídica e correção?”³¹⁶ – pergunta-se Habermas, que vê três caminhos principais: hermenêutica, realismo, positivismo.

A hermenêutica mantém a pretensão de legitimidade, sendo que a indeterminação é, paulatinamente, reduzida pela referência aos princípios: “esses princípios só podem ser legitimados a partir da história efetiva da forma de vida e do Direito, na qual o próprio juiz se radica de modo contingencial”³¹⁷. Habermas pondera, contudo, que as formas de vida, nas condições atuais, onde o que valeria como proposição comprovada historicamente é, para outros, pura ideologia ou preconceito. A crítica de Habermas à hermenêutica, é, portanto, contra a idéia de indeterminabilidade que os princípios podem ter, se tomados como bens ponderáveis, e contra o seu caráter *a priori*, como um fundamento que não precisa ser fundamentado, provendo o sistema de um ponto de Arquimedes dogmático. O autor repudia o realismo, por seu ceticismo, e o positivismo, pela cegueira ao conteúdo racional:

Essa legitimação através da legalidade do procedimento da normatização privilegia a procedência, ou melhor, o processo correto da positivação ou da resolução em detrimento da fundamentação racional do conteúdo de uma norma: regras são válidas porque podem ser proclamadas conforme às regras pelas instituições competentes [...] na proporção em que o direito vigente não é suficiente para a determinação precisa de um estado de coisas, o juiz deve decidir conforme seu próprio arbítrio³¹⁸.

Habermas concorda, em grande parte, com Dworkin, que tenta vencer o *ethos* apriorístico dos princípios e o positivismo, utilizando-se de um “ponto de referência da razão prática de dois modos: metodicamente, lançando mão do processo da interpretação construtiva, e, conteudisticamente, através do postulado de uma teoria do Direito que reconstrói racionalmente e conceitualiza o

³¹⁶ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. V.I. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 2004. p.247.

³¹⁷ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. V.I. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 2004. p.248.

³¹⁸ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. V.I. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 2004. p.251.

Direito vigente”³¹⁹. Habermas chama a atenção para a idéia de uma “teoria” que reconstrói o direito e, desse modo, ajuda a reduzir a sua indeterminação.

Habermas pensa que a noção de coerência leva à prática argumentativa que busca acordos através da argumentação. Dworkin utiliza-se da figura de Hércules. Esse, contudo, não está preso ao ethos, pois precisa detectar erros. Sabe que parte da história é, de algum modo, incorreta. Os princípios indicam quais partes da história institucional devem ser desprezadas como erro. Hércules teria um momento de transcendência por dentro, para Habermas. esse defende Dworkin contra os realistas: se os esses apontam erros nos julgamentos, sinal de que é possível interpretar coerentemente o Direito, pois, se existe o erro, existe também o acerto. Outra ordem de críticos apontam contradições invencíveis no Direito, por exemplo, princípios que apontam para diferença e para a igualdade, legalidade e liberdade, etc. O juiz Hércules vai dizer que é difícil apontar essa colisão sem recorrência ao caso concreto, algo que Günther³²⁰ vai tentar esclarecer melhor, no sentido de que, em discursos de validade, não há problema algum existir uma norma que diga que todos são iguais e outra que diga que, para determinada situação, deve-se observar a diferença. O problema, no caso, é de coerência na aplicação.

O problema da atribuição de novos significados é reduzido pela vinculação da interpretação a paradigmas teóricos, como é o caso do Estado Democrático de Direito. O paradigma é o pano de fundo que orienta Hércules.

O problema de Hércules, para Habermas, é o monólogo. O juiz é um representante da comunidade, o qual não dialoga com ela. Habermas pensa o contrário, citando, inclusive, Häberle³²¹. Ele não imagina deliberação entre

³¹⁹ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. V.I. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 2004. p.260.

³²⁰ Luhmann critica Günther de maneira forte: “Klaus Günther recomienda la 'proporcionalidad' como principio que sirve de test a la norma en situación de aplicarse, comprende con ello la regla de imparcialidad y la consideración de *todas las circunstancias* de la situación. Sin embargo ambas ya no están consideradas como criterios, sino sólo como procedimientos – como instrucciones sobre el modo de proceder para decidir sobre decisiones inciertas en cuanto al contenido, o sobre decisiones todavía delimitables. Llama la atención que además que la plausibilidad de dichas reglas choca con frecuencia con su inaplicabilidad: ¿Cómo podrían ser tomadas en cuenta *todas las circunstancias* de la situación? ¿Y por qué sólo de la situación?. LUHMANN, Niklas. **El Derecho de la sociedad**. Universidad Iberoamericana: México, 2002. p. 409.

³²¹ No sentido de que Häberle que entende que uma decisão deve ser a mais democrática possível. Para tanto, desenvolve que a interpretação deverá se dar em dois momentos: sentido

cidadãos para decidir casos, mas apenas que “o juiz singular tem que conceber sua interpretação construtiva como um empreendimento comum, sustentado pela comunicação pública dos cidadãos”³²².

Essas construções não tiram o fardo conteudístico da decisão. É preciso construir como é possível ouvir a comunidade, mantendo o caráter profissional da carreira judicial. Habermas faz isso recorrendo a uma teoria da argumentação. A pergunta, contudo, mantém-se: será possível uma concepção levar em conta, ao mesmo tempo, a falibilismo da interpretação que pode sempre e potencialmente ser incorreta (faticidade) e a exigência performativa de uma única resposta correta (validade)?

Habermas defende, desse modo, que na situação de aplicação, surge uma interpretação do estado de coisas, interpretação esta que já vem impregnada normativamente. A partir das contribuições de Dworkin, Aarnio, Alexy e Günther, o autor refere-se ao discurso de aplicação como aberto, e não auto-referente. A abertura é justamente aos argumentos pragmáticos, éticos e morais que são utilizados no processo de legislação e atualizados pelos paradigmas. Além disso, o discurso judicial não prescinde também de condições ótimas de argumentação, pois não se pode considerar como racional a decisão de alguém pressionado, por exemplo, com a perda do cargo.

Se as partes agem orientadas ao sucesso, na perspectiva do juiz, a argumentação das partes é uma busca cooperativa pelo melhor argumento. O procedimento, nesse sentido, contribui com a busca da resposta correta, que passa a ser intersubjetiva. O correto entendimento dessa proposição é

lato (fruto da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição) e estrito (a que decorre dos órgãos jurisdicionais). Não deixa de reconhecer a importância das duas no processo de concretização da Constituição, mas chama a atenção ao risco à democracia caso a sociedade fique adstrita apenas às formas tradicionais, no sentido de enrijecer a Constituição ao pluralismo cultural, estratificando seu próprio desenvolvimento. Assim, a legitimidade de uma decisão judicial, decorre do fato de estar em consonância com a interpretação da sociedade aberta, devendo apresentar-se como um espelho da mesma. Ambas devem coexistir, mas, quando a atuação judicial desconsidera a interpretação da sociedade aberta, agindo autoritariamente, atenta contra a própria cultura da sociedade, contra o pluralismo que constituam a essência, a própria idéia de Constituição. HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição*: contribuição para uma interpretação pluralista e procedimental da Constituição. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Editora Sérgio Antônio Fabris, 1997. p. 11-15.

³²² HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia*: entre facticidade e validade. V.I. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 2004. p.278.

fundamental. Se a tese desse trabalho estiver correta, os deveres ético-processuais delimitam comunicativamente espaços de ação estratégica onde as partes podem se mover. esse movimento não melindra a busca pela melhor resposta; pelo contrário, é na dialogicidade processual que é possível justamente alcançá-la.

Habermas apóia Günther nesse sentido. Se [...] “o “juízo adequado” extrai sua correção da validade pressuposta das normas estabelecidas pelo legislador político”³²³, não significa que os juízes podem se eximir “de uma avaliação reconstrutiva das normas tidas como válidas, porque eles só podem solucionar colisões de normas se assumirem “que todas as normas válidas formam, em última instância, um sistema ideal e coerente, que permite apenas uma resposta para a situação de aplicação”³²⁴.

A prática da consideração dos vários aspectos que possuem relevância para a questão, tem o condão de lançar novas luzes para a problemática da interpretação, percebendo a individualidade do caso em direção à satisfação do direito à boa aplicação legal:

[os contextos concretos] “recontextualizam” a norma, extraída do seu contexto, quanto à sua validade, à luz de um interesse comum, ligando a sua aplicação à consideração adequada de todos os sinais característicos especiais de qualquer situação nova que surja no espaço e no tempo. Desse modo, emerge uma dinâmica que a cada circunstância acrescenta uma surpreendente quantidade de aspectos, nuances ou mudanças imprevistas ao conteúdo semântico de diversas normas aplicáveis, obrigando a modificações, restrições ou deslocamento de pesos, a fim de, por aproximação, fazer jus à pretensão de uma consideração adequada de todos os sinais característicos³²⁵.

Esse juízo de consideração dos sinais característicos faz com que se revisem os juízos anteriores, possibilitando a aprendizagem.

Por intermédio da confrontação com novas experiências em situações de aplicação, aprendemos a reconhecer normas até então consideradas adequadas na inadequação relativa, e a mudá-las em

³²³ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. V.I. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 2004. p.290.

³²⁴ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. V.I. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 2004.p.290.

³²⁵ GÜNTHER, Klaus. **Teoria da Argumentação no Direito e na Moral**: justificação e aplicação. São Paulo: Landy, 2004. p.79.

vista de sinais característicos recém-descobertos ou interpretados de modo diferente. Como, certamente, nunca conseguiremos descobrir todos os sinais característicos, uma “lacuna” permanecerá, mesmo quanto reconhecermos, na situação, uma norma como adequada e representante de um interesse comum. Porém, a dramaticidade dessa indefinição estrutural, a qual acabamos de apontar acima, reduz-se se diminuirmos a sua extensão e incorporarmos a possibilidade de tal lacuna nas nossas reflexões práticas, mediante uma combinação de fundamentações racionais e de aplicações feitas com sensibilidade³²⁶.

Mas que sinais característicos são relevantes para o caso? O que, afinal, tem de ser examinado? A resposta é: todos os sinais característicos para a situação³²⁷. A seleção dos fatos é que justamente servirá para a concretização da norma, daí a importância desse momento, que, geralmente, passa despercebido pelos juristas. Mas o que são sinais característicos para a aplicação? São todos os fatos relevantes para o deslinde do caso. Esses sinais relevantes serão objeto de fundamentação acerca do porquê de sua escolha como sinal relevante, bem como serão objeto de relacionamentos entre si³²⁸ e, finalmente, de sua coerência com a norma e com relação dos fatos com a norma a partir do resto do ordenamento.

A referência a um determinado sinal peculiar situacional é, portanto, nesse caso, também uma linha singular de argumentação carecedora de justificação. Com a afirmação de relevância especifica-se um sinal característico situacional (ou uma quantidade de sinais peculiares) com significância normativa, ou seja, ele é introduzido na quantidade de razões que justificam uma ação. Como será que essa decisão selecionadora poderá ser justificada? Apontar para uma norma aplicável, nesse estágio de argumentação, somente será suficiente para repetir a afirmada relevância da quantidade de sinais característicos selecionados. Se o oponente quiser contestá-la, deverá indicar outros sinais característicos da situação. Se o proponente pretender perseverar na sua afirmação, deverá oferecer

³²⁶ GÜNTHER, Klaus. **Teoria da Argumentação no Direito e na Moral**: justificação e aplicação. São Paulo: Landy, 2004. p.73.

³²⁷ GÜNTHER, Klaus. **Teoria da Argumentação no Direito e na Moral**: justificação e aplicação. São Paulo: Landy, 2004. p.114: “A relação de uma norma com todos os demais aspectos de uma circunstância precisa ser definida, de novo, em cada situação de aplicação, porque não é possível prever a alteração de constelações de sinais característicos. Evidentemente, a opção por uma determinada norma sujeita à aplicação passa novamente a ser seletiva, e essa seletividade é reforçada ainda mais pelo fato de que a norma, a ser aplicada, precisa ser não apenas adequada à situação, mas, para ser fundamentada, requer também representar um interesse geral. Entretanto, a seleção pode ser considerada *adequada*, se tiver sido precedida da consideração de todos os sinais característicos da situação de aplicação [grifos do autor].”

³²⁸ GÜNTHER, Klaus. **Teoria da Argumentação no Direito e na Moral**: justificação e aplicação. São Paulo: Landy, 2004. p.344. “Justamente porque uma seleção desse sinal característico da realidade factual, e não daquele outro sinal, sempre se vincula à determinação de um significado, esta decisão selecionadora deverá ser justificada considerando-se todos os outros sinais característicos situacionais.”

razões para refutar outros sinais peculiares. Com a afirmação de relevância, portanto, sempre se estará pleiteando também a própria capacidade de se fundamentar por que todos os demais sinais característicos da descrição situacional não entram em questão³²⁹.

Essa argumentação aproxima-se da idéia de coerência e integridade de Ronald Dworkin, o qual postula ser necessário examinar não só todas as normas pertinentes à questão, mas também todos os fatos relevantes, gerando uma decisão que seja coerente com o resto do ordenamento³³⁰. Assim, toda a gama de normas presentes em um sistema que se faz coerente em discursos de justificação não perde sua validade, mas sim é “inaplicável” conforme o caso. Essas normas não concorrem entre si, pelo contrário, mantêm sua validade nesse nível, a não ser que tais normas não sejam justificáveis³³¹. A questão da

³²⁹ GÜNTHER, Klaus. **Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: justificação e aplicação**. São Paulo: Landy, 2004. p.346.

³³⁰ A coerência com o sistema jurídico seria atingida a partir de uma interpretação construtiva das referências legais. O intérprete, ao mesmo passo que deve tentar seguir, ao máximo, o que o Direito preceitua, por outro lado, tem um papel fundamental, “criativo”, na atualização do ordenamento. Compara Dworkin a prática da interpretação com a redação de um livro coletivo: várias são as pessoas que escrevem o livro coletivo. O autor do presente capítulo deve tentar seguir coerentemente todo o resto do livro, atualizando-o de maneira criativa, em uma corrente do Direito, ou *chain of law*. “Decidir casos controversos no Direito é mais ou menos como esse estranho exercício literário. A similaridade é mais evidente quando os juízes examinam e decidem casos do Common Law, isso é, quando nenhuma lei ocupa posição central da questão jurídica e o argumento gira em torno de quais regras ou princípios de Direito “subjazem” a decisões de outros juízes, no passado, sobre matéria semelhante. Cada juiz, então, é como um romancista na corrente. Ele deve ler tudo o que outros juízes escreveram no passado, não apenas para descobrir o que disseram, ou seu estado de espírito quando o disseram, mas para chegar a uma opinião sobre o que esses juízes fizeram coletivamente, da maneira como cada um de nossos romancistas formou uma opinião sobre o romance coletivo escrito até então. Qualquer juiz obrigado a decidir uma demanda descobrirá, se olhar nos livros adequados, registros de muitos casos plausivelmente similares, decididos há décadas ou mesmo séculos por muitos outros juízes, de estilos e Filosofias judiciais e políticas diferentes, em períodos nos quais o processo e as convenções judiciais eram diferentes. Ao decidir o novo caso, cada juiz deve considerar-se como parceiro de um complexo empreendimento em cadeia, do qual essas inúmeras decisões, estruturas e convenções e práticas são a histórica; é seu trabalho continuar essa história no futuro por meio do que ele faz agora. Ele deve interpretar o que aconteceu antes porque tem a responsabilidade de levar adiante a incumbência que tem em mãos e não partir em alguma nova direção. Portanto, deve determinar, segundo seu próprio julgamento, o motivo das decisões anteriores, qual realmente é, tomado como um todo, o propósito ou o tema da prática até então.” DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p.237-238.

³³¹ HABERMAS, Jürgen. **La necesidad de Revisión de la Izquierda**. Madrid: Tecnos, 1996. p.85: “La interpretación de una norma aplicable a esas o aquellas situaciones tiene por fin justificar de tal suerte la primacía de esa norma como la única pertinente o adecuada, que no se viole el ideal de un sistema coherente de normas válidas. Aquella norma, que a la luz de una descripción lo más completa posible de todos los rasgos relevantes de una situación de aplicación aparece como la “adecuada”, no priva de validez a otras normas que inicialmente competieron con ella para ser aplicadas a ese caso, pero que después quedaron en segundo plano como inadecuadas; antes bien, la elección de la norma adecuada se presente como resultado de la mejor teoría de todas las normas vigentes, que en cada caso quepa articular. La interpretación de un caso a la luz de la norma a la que se ha dado la primacía aparece entonces, no como la realización óptima de un bien jurídico que compite con otros bienes jurídicos, sino que más bien significa la utilización óptima de un sistema de normas vigentes habida cuenta de todas las circunstancias del caso.”

coerência é importante, porque pode inspirar alguma solução para o problema de qual argumento é relevante para a definição de serviço público.

Esse juízo de aplicabilidade claramente não se enlaça com o serviço público. Isto não quer dizer que esse tipo de discurso não tenha relevância para o problema. É claro que tem. O juízo de aplicabilidade estará presente, por exemplo, no caso das decisões judiciais. Aquele que decidirá terá de formar uma argumentação a partir da distinção fato/Direito – sendo que o conceito estará no lado do Direito da argumentação. A partir daí, no esquema de Habermas e no de Günther, terá de realizar uma argumentação onde demonstre ter havido um exame acurado dos fatos diante de todas as possibilidades de normas aplicáveis. Entretanto, a produção de conceitos está desvinculada, pelo menos diretamente, dessa diferenciação, pois se trata de uma consolidação das operações do sistema que assumem a forma de distinções sobre distinções.

A pergunta que se busca é a seguinte: seria, então, o fundamento de validade de um conceito de serviço público um discurso do tipo “adequação”? Não há fatos a partir de onde se possa atribuir a coerência normativa. Não há a necessidade de se verificar, da maneira mais complexa possível, a base de fatos e o juízo da escolha dos fatos relevantes a partir do caso.

Os discursos de adequação, tomados em sua forma “pura”, não são adequados, portanto, para a estipulação de critérios que diminuam a arbitrariedade na análise do conceito de serviço público.

O discurso do conceito de serviço público é normativo, porém, nas categorias de Habermas, nem é um discurso de validade, nem de adequação. É possível colher elementos, contudo, para fundamentar um discurso específico para o conceito de serviço público.

Habermas ainda elabora um esquema de pensamento a partir do seu conceito de situação ideal de fala, que estabeleceria os marcos procedimentais para o alcance de uma resposta que, na sua visão – e uma vez seguidos os procedimentos – seria correta.

As condições jurídicas, que aproximam a argumentação processual (no sentido de processo judicial) de uma comunicação ideal, são: - espaços institucionalizados de argumentação; -papéis pré-formatados; -obrigação de fundamentação; -existência de instâncias revisoras; -interesse público nas decisões; -controle da esfera pública; -procedimento regrado, -garantias das partes e julgador, - uniformização por parte dos tribunais superiores. Note-se, portanto, que é o próprio Direito quem vai “reforçar” as condições processuais para o alcance da resposta correta.

De fato, essas garantias procedimentais criam condições para que o procedimento de geração de conceitos, dentro dos processos judiciais, seja legitimados. Essas condições, contudo, não resolvem o problema porque o serviço público não é gestado apenas em teses judiciais, mas também na doutrina. Sabe-se que não há muito controle democrático na doutrina, e que os critérios de entrada no grupo de pensadores privilegiados sobre Direito Administrativo se dão sob critérios obscuros, como aceitação em uma comunidade de reputações arbitrariamente concedidas em conjugação com o interesse econômico das editoras. A construção de Habermas é interessante, porém, justamente porque permite fazer essa crítica do modo como são discutidos, doutrinariamente, os problemas relativos ao Direito.

Entretanto, é necessário continuar com a missão difícil desse capítulo, que é a de achar critérios de racionalidade prática ao discurso que envolve o serviço público, uma vez que se estabeleceu que os discursos estão ligados com a formação de redundâncias, e esta, com a função de seleção. Achar critérios nesta seara é estabelecer quais os critérios que podem guiar a construção de um conceito de serviço público.

A partir de Luhmann, foi possível observar que os conceitos formam redundâncias que ajudam a reforçar a argumentação da decisão – enfim, permitem a decidibilidade do Direito, com o *plus* de que, com os conceitos, reforça-se a idéia de que a decisão foi baseada no próprio Direito, e não em uma inovação sem vinculação com o sistema, visso que os conceitos são vistos como consolidações de decisões de passadas no Direito. Desse modo, tem-se uma função dentro da função. A função da argumentação dentro da função de seleção

é possibilitar a decisão, o que não significa dar subsídios para a decisão possível, pois a escolha iria acontecer de qualquer modo. Significa, isto sim, o estabelecimento de ligações entre a decisão e o sistema, de modo a legitimar tanto o sistema quanto a decisão.

Essa problemática está longe de ser fechada, contudo. Buscavam-se, a partir de uma autodescrição em forma de pensamento normativo – Habermas e Günther – critérios materiais/procedimentais para se dizer quais são os critérios de seleção de conceitos de serviço público. Viu-se que não servem nem os discursos de justificação e, tampouco, os discursos de aplicação. Entretanto, sua estrutura fundamental poderá ser aproveitada para os fins desse trabalho.

Está-se, desse modo, aproximando-se do objetivo de buscar algum critério de racionalidade prática para apoiar a teoria dos sistemas. Conforme exvisto acima, a função da argumentação é justamente gerar redundância, e o conceito é um dos meios de geração dessa redundância. A partir de uma perspectiva habermasiana, essa observação se converte em uma ligação entre discursos de justificação e aplicação. Precisamente, o conceito faz essa ligação. Permite a operação tanto dos discursos de justificação quanto dos de aplicação.

Pode-se dizer que a função do conceito, dentro dessa perspectiva normativa, é precisamente *estabelecer as condições de continuidade das cadeias de comunicação*. O discurso doutrinário permite acoplamentos operativos desde os discursos de justificação até os de aplicação. Tem uma importante função, desse modo, visso que, sem esses, a decisão se tornaria difícil e incoerente.

A partir dessa função, estabelecem-se, também, limites para a atividade dogmático-doutrinária, visso que, se o conceito faz essa ponte entre o discurso de justificação e aplicação, ele não pode inovar no sentido de estabelecer novas normas. Esta idéia de que o conceito não pode inovar já estava presente em Luhmann, quando esse afirmara que o outro lado da argumentação é a normatividade. Entretanto, aqui significa que o conceito não pode ele mesmo ser um discurso de justificação, isso é, ele não pode conter uma resposta para a seguinte pergunta: “que devemos fazer” da racionalidade prática kantiana?

De fato, há um momento em que se percebe que já não é mais necessário recorrer-se a discursos de justificação, isso é, já não é mais preciso um discurso em que todos possam se sentir representados. Isso não significa, contudo, a resolução dos problemas da racionalidade prática. A lei precisa ser aplicada em um sentido da racionalidade prática. E, geralmente, isso implica uma série de cadeias de ação de cunho pragmático dentro da Administração Pública e dos demais órgãos de aplicação do Direito. Esta lógica de cadeias de ação deve estar em consonância com o Estado Democrático de Direito, o que significa que a doutrina não pode criar normas. A doutrina deve se “auto-restringir”, pode inovar na forma e conteúdo, mas não pode deixar de estar vinculada ao serviço público.

A continuidade das cadeias de ação operada pelo conceito de serviço público permite que se desenvolva uma linha contínua de engajamentos ilocucionários, desde a esfera pública até a atuação do poder administrativo. Sem os conceitos, existiriam espaços em branco que, se não impedissem a comunicação, no mínimo, aumentariam o seu ruído. O conceito de serviço público, desse modo, permite e otimiza a comunicação, e a isso se resume, vez que não pode operar em nível de fundamentação, isso é, tomando decisões *além* da mera transição entre discursos de justificação e aplicação.

Já foi possível observar, dessa forma, que a função do conceito (conceito de serviço público) é permitir a continuidade da comunicação. Se se disser que há uma melhor maneira de se fazer isso, já existirá uma autodescrição do sistema jurídico que permitirá a melhor compreensão *sistêmica* do conceito de serviço público.

O modelo de racionalidade comunicativa pode ajudar na assunção de critérios de controle. O sujeito é racional se consegue fundamentar sua ação em razões. A partir do discurso, o sujeito racional pode fundamentar sua ação. É necessário que esse sujeito apresente razões de *alguma* ordem, conforme *alguma* lógica.

Se a função do conceito é prover a continuidade comunicativa, a lógica do discurso que fundamenta o conceito é, justamente, uma lógica de prover a continuidade comunicativa. Pode-se chamar esses discursos, portanto, de

“discursos de continuidade comunicativa”; ou também de "discursos de mediação". Na verdade, simplesmente o discurso doutrinário tem essa função. A função do discurso de continuidade comunicativa é, assim, achar os melhores argumentos que levem à continuidade comunicativa.

Os melhores argumentos têm a pretensão de vencer e, para chegar à vitória, dentro do contexto do serviço público, o argumento deve ser o que melhor explique o serviço público, ou seja, o que faça a ponte entre discursos de fundamentação e justificação, o que estabeleça a continuidade comunicativa. Obviamente, nenhum conceito vence para sempre, pois é necessário ao sistema um repositório de conceitos a serem utilizados conforme a necessidade.

Só dizer que o melhor argumento é aquele que melhor estabelece a continuidade comunicativa é muito pouco. É preciso achar critérios de conteúdo. Para levar a sério a pretensão de Democracia, utiliza-se uma outra versão do conteúdo do princípio da universalização. Os argumentos que fundamentam os conteúdos do conceito devem ser os melhores. É necessário achar critérios que apoiem a procura por esses argumentos e que levem a sério o princípio da universalização. Este princípio assume dois conteúdos procedimentais de discurso: 1. a verificação de todas as estruturas que possibilitem o encadeamento da lei à ação; 2. a escolha da alternativa que melhor encadeie a lei à ação.

Não é preciso muito fundamentar esses critérios enquanto gerais, visso que eles servem de esclarecimento à redundância da função do conceito de serviço público. Os critérios só adquirem densidade e, desse modo, serão fundamentados, quando operarem sua função dentro das pretensões de validade presentes no decreto.

O conceito, como ato de fala que é – a partir de uma perspectiva habermasiana –, é fundamentado a partir de um discurso. esse discurso levanta razões que devem convencer conforme o princípio da continuidade discursiva. esse princípio tem dois conteúdos internamente. esses dois conteúdos operam, à sua maneira, dentro de cada uma das pretensões de validade que o discurso funda.

Habermas apropria-se das construções de Toulmin³³² para os fins de reconstruir a estrutura argumentativa do argumento, tanto normativo (de justificação, aplicação, e, aqui, doutrinários), como veritativo (acerca da verdade). Esta lógica da argumentação é interessante para ilustrar o problema do conceito de serviço público. Um argumento teria, assim, a seguinte estrutura básica, comum tanto a discursos normativos quanto a veritativos.

	Discurso teórico-empírico	Discurso prático
(c) Conclusão	Afirmações	Mandados/valorações
Pretensão de validade	Verdade	Retidão
O oponente exige	Explicações	Justificações
(D) Dados	Causas (em caso de sucessos) Motivos (em caso de ações)	Razões
(W – warrant) Garantias	Regularidades empíricas, hipóteses legaliformes, etc.	Normas ou princípios de ação, valoração
(B - backing) Relação com o mundo da vida	Observações, constatações	Necessidades interpretadas, conseqüências da ação, etc.

Tabela 1 – Componentes básicos de um argumento³³³.

O esquema a seguir mostra a estrutura da argumentação como

³³² ATIENZA, Manuel. **Las Razones del Derecho: teorías de la argumentación jurídica**. México, D.F.: Universidad Autónoma de México. 2005. p. 82: “La intención de Toulmin —como él mismo indica (1958a, prefacio)— es “radical”, y consiste en oponerse a una tradición que arranca de Aristóteles y que pretende hacer de la lógica una ciencia formal comparable a la geometría. Toulmin, por el contrario, se propone desplazar el centro de atención de la teoría lógica a la práctica lógica; no le interesa una “lógica idealizada”, sino una lógica operativa o aplicada (working logic); y para efectuar esa operación elige como modelo, no la geometría, sino la jurisprudencia [...]”

³³³ HABERMAS, Jürgen. **Teoría de La Acción Comunicativa: Complementos y Estudios Previos**. Madrid: Catedra, 1994. p.142.

apresentada por Stephen Toulmin.



Os “Dados” aparecem em ligação com a “Conclusão.” Em um argumento, invariavelmente, eles irão aparecer. Assim, em “a comunidade busca, através de seus canais autorizados, um serviço médico mais amplo”, têm-se dados e conclusões, que, no exemplo, aparecem fundidos. A conclusão é a busca por serviços médicos mais amplos; os dados, em uma posição objetivante, podem ser a constatação de que houve uma demanda, mas aqui o que interessa é a performativa, o que vai se ligar às razões levantadas pela demanda. No caso, estão implícitas.

Já temos, portanto, uma distinção a partir da qual podemos começar: entre a alegação ou a conclusão cujos méritos estamos procurando estabelecer (C) e os fatos aos quais recorreremos como fundamentos para a alegação – que chamarei de nossos dados (D)³³⁴.

É necessário, de outra banda, estabelecer a ligação entre C e D. isso é feito pelas garantias, ou W:

[...] dados do tipo D nos dão o direito de tirar as conclusões C (ou de fazer as alegações C)”, ou, noutra formulação optativa, “dados (os dados) D, pode-se assumir que C” [...] Chamarei as proposições desse tipo de garantias (W) [...] a garantia é, num certo sentido, incidental e explanatória, com a única tarefa de registrar, explicitamente, a legitimidade do passo envolvido e de referi-lo, outra vez, na classe maior de passos cuja legitimidade está sendo pressuposta³³⁵.

No exemplo, uma das garantias possíveis seria “temos direito a isso pela Constituição.” Um argumento seria razoável se D passasse por B e W³³⁶. B tem

³³⁴ TOULMIN, Stephen Edelston. **Os Usos do Argumento**. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p.140.

³³⁵ TOULMIN, Stephen Edelston. **Os Usos do Argumento**. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p.141-143.

³³⁶ ATIENZA, Manuel. **Las Razones del Derecho**: teorías de la argumentación jurídica. México,

de ser um motivo para considerar plausível W ³³⁷. Note-se que, em linguagem científica das ciências duras, há um processo de universalização quando se passa de B a W. Todavia, a garantia, por si só, não gera a coação não-violenta necessária ao convencimento se ela mesma não estiver estribada em algo. Toulmin passa a falar, então, do backing, ou seja, a relação com o mundo da vida.

Mas no momento em que perguntamos sobre o apoio em que uma garantia se baseia, em cada campo, começam a aparecer grandes diferenças; o tipo de apoio que precisamos apontar se tivermos de estabelecer a autoridade de uma garantia mudará muitíssimo, cada vez que mudarmos de um campo de argumento para outro [...] ³³⁸.

Pois bem, o que se argumenta? Argumenta-se sobre o conceito de serviço público, isso é, indicam-se as distinções que compõem o conceito. Trata-se de um discurso dentro do Direito, logo normativo, mas onde não se pode inovar, posto que aí seria um discurso de justificação. Mais, argumenta-se a partir do princípio da continuidade discursiva/argumentativa, o que significa que aquelas distinções escolhidas seriam as que melhor fariam a transposição entre o discurso de justificação e o de aplicação.

Por isso, pode-se voltar à interrogação acerca da comunicação suficiente e ver em que Toulmin pode ajudar.

Observe-se o seguinte exemplo. Ele traz um conceito de serviço público típico.

	<p>Discurso prático: Doutrinadores – operadores do Direito</p>
--	--

D.F.: Universidad Autónoma de México. 2005. p.85: “La naturaleza de las garantías depende también del tipo de argumento de que se trate, de manera que podrá consistir en una regla de experiencia, en una norma o principio jurídico, en una ley de naturaleza, etc. En todo caso, las garantías no son enunciados que descifran hechos, sino reglas que permiten o autorizan el paso de unos enunciados a otros.”

³³⁷ HABERMAS, Jürgen. **Teoría de La Acción Comunicativa**: Complementos y Estudios Previos. Madrid: Catedra, 1994. p.143: “Afirmación necesitada de explicación (C): el agua de esse puchero se dilata. Explicación (D): está recibiendo calor. Fundamentación mediante una hipótesis legaliforme (W): (una serie de constataciones sobre la covarianza reiteradamente observada entre magnitudes como el volumen, la temperatura y el peso de los cuerpos).”

³³⁸ TOULMIN, Stephen Edelston. **Os Usos do Argumento**. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p.149.

(c) Conclusão	Mandados/valorações: “Serviço público é uma prestação da Administração Pública, voltado à satisfação do interesse público.”
Pretensão de validade	Retidão
O oponente exige	Justificações
(D) Dados	Razões: “Um conjunto determinado de práticas tem de receber um rótulo.”
(W – warrant) Garantias	Normas ou princípios de ação, valoração: “Conceitua-se um instituto jurídico buscando seus traços essenciais no ordenamento.”
(B - backing) Relação com o mundo da vida	Necessidades interpretadas, conseqüências da ação, etc.: “Deve-se obedecer ao ordenamento. ”

Essas tabelas são a aplicação da teoria de Toulmin e não estão em seus livros e e nem nos de Habermas ou de Günther.

O sistema pode variar a forma de justificação, sem maiores problemas:

	Discurso prático: Doutrinadores – operadores do Direito
(c) Conclusão	Mandados/valorações: “Serviço público é uma prestação da Administração Pública voltado, à satisfação do interesse público.”
Pretensão de validade	Retidão
O oponente exige	Justificações
(D) Dados	Razões: “Um conjunto determinado de práticas tem de receber um rótulo.”
(W – warrant) Garantias	Normas ou princípios de ação, valoração: “Conceitua-se um instituto jurídico buscando seus traços essenciais na Constituição .”
(B - backing) Relação com o mundo da vida	Necessidades interpretadas, conseqüências da ação, etc.: “Deve-se obedecer à Constituição .”

Ou outra:

	Discurso prático: Doutrinadores – operadores do Direito
(c) Conclusão	Mandados/valorações: “Serviço público é uma prestação da Administração Pública voltado à satisfação do interesse público.”
Pretensão de validade	Retidão
O oponente exige	Justificações
(D) Dados	Razões: “Um conjunto determinado de práticas tem de receber um rótulo.”
(W – warrant) Garantias	Normas ou princípios de ação, valoração: “Conceitua-se um instituto jurídico buscando seus traços essenciais na tradição jurídica.”
(B - backing) Relação com o mundo da vida	Necessidades interpretadas, conseqüências da ação, etc.: “A tradição jurídica é fonte de todos os conceitos.”

Em todos os casos acima, há o acoplamento operativo com o código do Direito e com os critérios de variação, de modo que são conceitos válidos de serviço público. Ou seja, podem até ser rejeitados em uma outra decisão, mas permanecem no ordenamento, latentemente, esperando sua utilização³³⁹.

É possível decompor o conceito, engatando argumentos em argumento (Luhmann: trocar comunicação por mais comunicação):

	Discurso prático: Doutrinadores – operadores do Direito
(c) Conclusão	Mandados/valorações: “O conceito de serviço público deve incluir o interesse público.”
Pretensão de validade	Retidão
O oponente exige	Justificações
(D) Dados	Razões: “Serviço público é uma prestação da Administração Pública voltado à satisfação do interesse público.”

³³⁹ LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. México: Herder, 2007. p.385: “las variaciones pueden pasar inadvertidas, pero las selecciones normalmente se retienen en la memoria del sistema y entonces hay que arreglárselas con el conocimiento de que algo posible no se materializo.”

(W – warrant) Garantias	Normas ou princípios de ação, valoração: “O serviço público deve contemplar a diferença entre interesse público e interesse privado.”
(B - backing) Relação com o mundo da vida	Necessidades interpretadas, conseqüências da ação, etc.: “A distinção público e privado é tradicional e deve ser utilizada.”

É possível também realizar raciocínios comparativos:

	Discurso prático: Doutrinadores – operadores do Direito
(c) Conclusão	Mandados/valorações: “Serviço público é diferente de atividade econômica.”
Pretensão de validade	Retidão
O oponente exige	Justificações
(D) Dados	Razões: “É necessário diferenciar serviço público de atividade econômica.”
(W – warrant) Garantias	Normas ou princípios de ação, valoração: “Serviço público está ligado com uma atividade de prestação de serviços para toda a população, não visa ao lucro.”
(B - backing) Relação com o mundo da vida	Necessidades interpretadas, conseqüências da ação, etc.: “A Constituição contempla a distinção atividade econômica vs. serviço público.”

Note-se que todos os conteúdos de C, D, W e B são mutáveis. É possível chegar à mesma conclusão através de outros caminhos. Os caminhos aqui delineados aparecem para a mera demonstração da argumentação de seleção do sistema.

Pode-se imaginar, por exemplo, quando acontece a variação/seleção:

	Discurso prático: Doutrinadores – operadores do Direito
(c) Conclusão	Mandados/valorações: “Serviço público é uma prestação da Administração Pública, e aqueles entes ligados à administração por permissão/concessão/delegação , voltado à satisfação do interesse público.”

Pretensão de validade	Retidão
O oponente exige	Justificações
(D) Dados	Razões: “O conceito anterior não vislumbrava a idéia de que outros entes realizam serviço público que não só a Administração Pública.”
(W – warrant) Garantias	Normas ou princípios de ação, valoração: “É necessário atualizar os conceitos quando esses já não correspondem ao ordenamento jurídico.”
(B - backing) Relação com o mundo da vida	Necessidades interpretadas, conseqüências da ação, etc.: “A dogmática jurídica sempre atualizou conceitos quando esses não correspondem mais ao ordenamento. ”

Com o que se expôs acima, tem-se um princípio reitor de argumentação, que é o princípio da continuidade comunicativa, bem como uma estrutura de argumentação. Faltam, contudo, os critérios de observação do pretendido melhor argumento.

Se o que se busca é a melhor comunicação, então é necessário analisar as condições de argumentação. Habermas faz isso através da idéia de pretensões de validade. Quer-se, desse modo, radicalizar essa idéia de pretensões de fala e aplicá-la ao conceito de serviço público, para ver se tem alguma serventia na produção de critérios que deixem um pouco menos aberto o conceito de serviço público.

O entendimento de um ato de fala vai se dar quando se sabe o que o faz aceitável. Aceitáveis são aqueles atos que cumprem as condições necessárias para que um ouvinte tome uma postura perante eles³⁴⁰. Essas condições não são monológicas, mas sim condições só possíveis a partir de um reconhecimento intersubjetivo da pretensão fundamentada, o que implica a capacidade do ouvinte de não só parafrasear o conteúdo proposicional, mas também de antecipar a ação que se pretende. Por exemplo, o entendimento de um texto legal requer não uma

³⁴⁰ HABERMAS, Jürgen. **Agir Comunicativo e Razão Destranscendentalizada**. São Paulo: Tempo Brasileiro, 2002. p.79: “[...] a suposição refutável de que no campo dos falantes observáveis, em regra, esses se relacionam racionalmente. Isso significa que geralmente acreditam no que dizem e nas conseqüências de suas asserções não serem refutadas. Sob esses pressuposto o intérprete pode partir do fato de que os falantes e observadores, na maioria das situações, igualmente como ele próprio, observam e opinam, de tal forma que ambos os lados concordam em um grande número de convicções.”

oferta racional de fala, mas também, por parte daquele que entende, a capacidade de antecipar, em termos de coordenação na ação, o que se quer a partir daquele ato de fala. Essa antecipação se dá a partir do conhecimento das razões através das quais o falante profere algo e pelas quais o destinatário é capaz de empreender a ilocução do ato. Isso implica que o falante cumpra as condições de fala racionais, oferecendo-o inteligivelmente, verazmente, verdadeiramente e corretamente. O ouvinte entende o que se quiser, não só pelo domínio do sistema lingüístico, mas também porque compreende o porquê de o falante sentir-se autorizado a dizer isso ou aquilo, bem como compreende qual o seu papel nessa interação, solidarizando-se, ou não, com aquela expectativa.

Desse modo, existe também a correspondência com os três mundos³⁴¹ diferenciados, pois o entendimento remete aos pressupostos factuais de um mundo objetivo, à normatização de um mundo social e à veracidade de um mundo subjetivo. De outro lado, pelo prisma de sua função, os atos de fala estabelecem e renovam constatações acerca do mundo objetivo; reproduzem um saber cultural e prático-social e comungam e expressam vivências.

O não aceitar um ato de fala implica, justamente, uma oposição a essas três pretensões, isso é, rejeitar-se um ato de fala ou porque não é correto, ou veraz, ou verdadeiro, ou, mesmo, porque não é inteligível.

As coisas se conectam desse modo. Um ato de fala é defendido a partir de suas pretensões de validade. Essas pretensões de validade devem ser defendidas. O discurso que fundamenta o conceito pode, analiticamente, ser analisado dessa forma. A intuição é que, se forem observados os conteúdos do princípio da continuidade comunicativa a partir da perspectiva das pretensões dos atos de fala, pode-se comprovar sua utilidade na formação da intersubjetividade. Se se conseguir defender as pretensões de validade a partir dos critérios do princípio, o conceito estará bem fundamentado e, desse modo, aparecerá como correto perante os participantes.

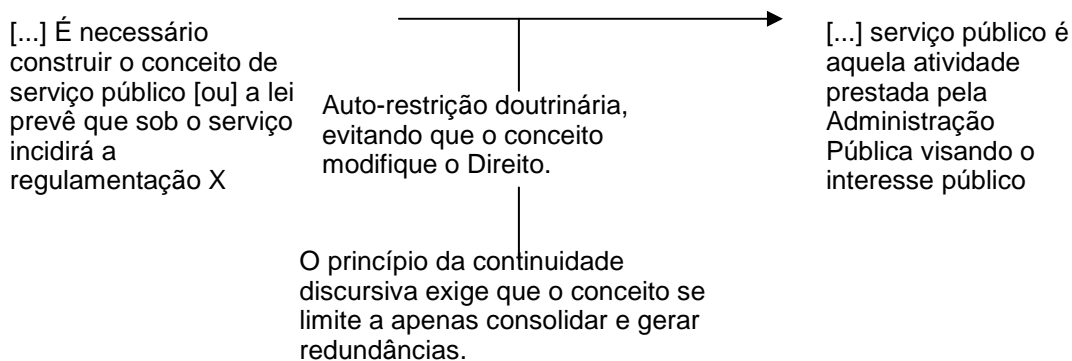
³⁴¹ DUTRA, Delamar José Volpato. **Razão e Consenso em Habermas**. Florianópolis: UFSC, 2005. p.51. Aí está uma referência a uma construção típica de Habermas, que uma *unitas multiplex* do mundo da vida em forma de mundo objetivo, subjetivo e social.

A argumentação partirá das seguintes conclusões preliminares:-
 pretensão de intelegibilidade do serviço público: o melhor argumento é aquele que melhor explicita a vivência que permite a compreensão da distinção do conceito; -
 pretensão de verdade: o melhor argumento é aquele que, pelo prisma cognitivo-instrumental, tem a possibilidade de realizar os fins vistos pela lei; -
 pretensão de retidão: a melhor coerência possível do serviço público ao ordenamento; -
 pretensão de veracidade: limitação à função doutrinária, isso é, à consolidação de decisões passadas, visando a dar decidibilidade ao Direito.

Cada uma dessas pretensões de validade deve se combinar à mira do princípio da continuidade comunicativa e seus conteúdos. Isso quer dizer que a defesa de uma pretensão de validade, tomada isoladamente, não vai responder ao problema. Só a conjunção da resposta de todas elas é que leva a sério as exigências do princípio argumentativo.

Tome-se novamente o exemplo do serviço público.

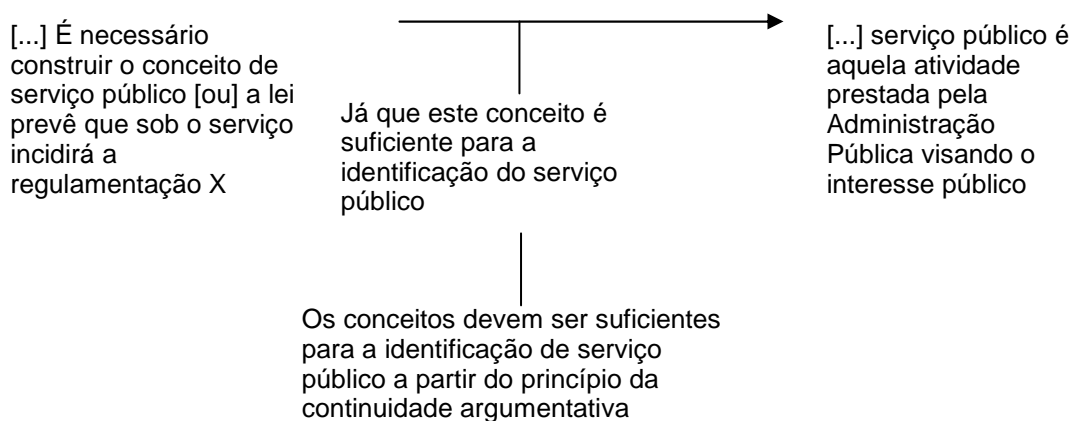
Tem-se a seguinte estrutura argumentativa, se o argumento for olhado pelo o prisma da veracidade:



Agir com veracidade, aqui, portanto, é levar a sério a idéia, presente no Estado Democrático de Direito, de que a dogmática doutrinária é meramente uma atividade científiciforme – não é dado ao doutrinador “corrigir” o legislador, na pretensão de “inexatidão” conceitual desse; tampouco utilizar-se dos conceitos a partir de interesses; enfim, o conceito é, a partir de uma auto-observação do Direito, meramente um esclarecimento dos dados legais, muito embora, a partir

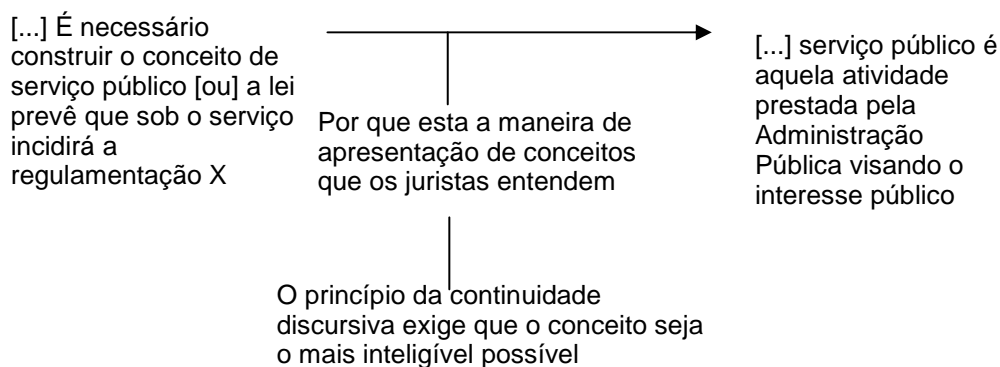
de observações mais sofisticadas saiba-se que é muito mais que isso. Tal não exclui uma observação de segundo grau mais exigente, que percebe justamente que os conceitos influenciam nas expectativas normativas. Quer dizer que, assim como em uma autodescrição do Direito existem normas, e não expectativas jurídicas, é necessário para o Direito que os conceitos não influenciem a norma – muito embora, é claro, o façam, a partir de uma observação de segundo grau.

O aspecto cognitivo-instrumental também apresenta uma complexidade que não deve ser esquecida:



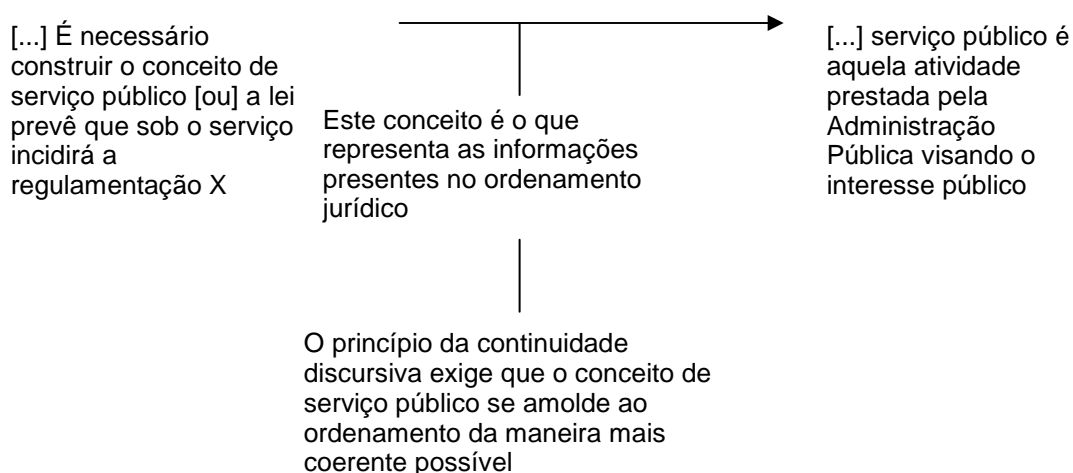
Esse conceito extremamente simples e de senso comum de serviço público – utilizado aqui como mero exemplo (até porque conceitos mais sofisticados de serviço advindos da dogmática seriam conceitos jurídicos de serviço público que recaíram nos mesmos paradoxos de pluralidade e vagueza) - pretende dar conta da pretensão de utilidade da comunicação, ou seja, da realização da comunicação. Se dá conta ou não, é outro debate. Analisar sob o ponto de vista cognitivo-instrumental é analisar sob o aspecto dos melhores meios para alcançar os fins. Se o conceito dá o seu recado – operando no sentido de criar cadeias ilocucionárias de ação entre os atores (na linguagem de Habermas), ou formando acoplamentos operativos enlaçados com o sistema (na linguagem de Luhmann) –, então, ele está cumprindo essa pretensão de validade e, com isso, é um conceito adequado de serviço público.

A pretensão de intelegibilidade:



Quanto ao prisma da intelegibilidade, significa o cumprimento, por parte do ato de fala, das regras e critérios de comunicação, de modo que seja possível o estabelecimento da relação tríplice de emissão-informação-entendimento. É interessante que o Direito tenta criar regras próprias de apresentação de conceitos – à imagem das ciências duras –, mas os seus conceitos não passam de frases estruturadas a partir da linguagem ordinária; no máximo, aparecem uns que outros conceitos também jurídicos, mas todos remissíveis à linguagem comum, com algumas poucas operações. O estilo de apresentação, contudo, pode confundir os não-iniciados, não com o uso de palavras técnicas, mas com o uso de jargões ou retóricas literárias de outrora.

Sob o aspecto normativo, tem-se a seguinte estrutura:



Em termos normativos, o princípio da continuidade comunicativa exige se observe ordenamento, desde o decreto até a Constituição, da maneira o mais coerente possível. Observar o ordenamento significa enlaçar a comunicação com

as outras comunicações do ordenamento. Mas enlaçar com quais comunicações? Com os antigos conceitos? Fazendo-se uma pesquisa dos traços comuns das referências feitas ao serviço público pelos doutos? Com uma média dos traços comuns das referências feitas ao serviço público na lei (são pouquíssimas)? Com a Constituição?

Uma reflexão necessária se liga ao espaço normativo-constitucional do serviço público. Em primeiro lugar, qual é o *locus* simbólico do serviço público? Está na Constituição ou nas leis esparsas? Com isso, quer-se refletir se é apenas serviço público aquilo que está na Constituição Federal, ou se seria possível, de maneira livre, estabelecer, via legislativa ordinária, determinada atividade como serviço público, ou, se, no mínimo, deveria existir algum tipo de ligação entre o serviço público inaugurado pela lei ordinária e o texto constitucional.

A polêmica doutrinária, vista mais adiante, centra-se na possibilidade de construção de um conceito constitucional de serviço público. Se há dúvidas sobre a possibilidade de construir um conceito constitucional de serviço público, de outra banda, não há dúvidas que é na Constituição que serão encontrados as diretrizes principais. Em alguns momentos, como no art. 30, V, da Constituição, é atribuído determinado serviço público a algum ente federativo. Em outros, muito embora as palavras serviço público não sejam utilizadas, é óbvio que é por serviço público que os objetivos serão atingidos, como no caso da limpeza urbana, do ensino, assistência social, etc. Talvez seja mais significativo, em termos de diretrizes gerais, explorar o capítulo relativo à Ordem Econômica. Nesse capítulo, estão as diretrizes econômicas da Constituição. Nele encontra-se o art. 175, que dispõe ser a prestação de serviços públicos incumbência do poder público, ao mesmo tempo em que normatiza os conteúdos mínimos a serem estabelecidos em lei ordinária. No art. 177, a Constituição estabelece o monopólio da União. Muito embora os doutrinadores interpretem o artigo como uma exceção à regra da liberdade, pode-se interpretar, por outro lado, que aquelas matérias implicam quais matérias obrigatoriamente devem ser objeto de monopólio, não impedindo que outras sejam estabelecidas por lei ordinária.

Retomando a colocação anterior de Habermas, ou seja, a idéia de construção de um discurso de aplicação a partir de uma concepção de coerência

que leve em conta os paradigmas dominantes, e tendo em vista que é na Constituição que se encontra o paradigma dominante do Estado Democrático de Direito, pode afirmar ser a Constituição o *locus* do serviço público. Ocorre, porém, que as poucas referências que a Constituição faz ao serviço público levam a crer que ela utilizou de um significado trivial ou corrente de serviço público, herdado das consolidações anteriores. De fato, só pelo Direito seria possível inaugurar uma nova semântica pela força de uma vez por todas. Usualmente, o processo é algo lento. Entretanto, dado o caráter de geração de unidade do Direito, não é possível interpretar que simplesmente houve uma reprodução dos conteúdos anteriores. A semântica consolidada anteriormente há de se vincular às outras expectativas normativas erigidas a partir da Constituição.

Algumas vezes, exige-se que, para algo ser serviço público, necessariamente, deve estar previsto em lei³⁴². Isso porque existiria uma regra constitucional de subsidiariedade a determinar que, em princípio, as atividades que não aparecem expressamente na Constituição, como de titularidade do Estado, serão reservadas à iniciativa privada. Esta regra só seria possível de ser excepcionada caso existisse uma lei, e não um ato administrativo, apontando determinado serviço como público e, logo, de competência do poder público, que poderia daí, conceder, permitir, regular, autorizar, etc. Por vezes, exige-se também que, além da lei, exista uma certa referibilidade à Constituição³⁴³. Novamente, não há previsão constitucional para tanto. Entretanto, o argumento, de certo modo, é inócuo, porque, de um lado, toda a atividade administrativa pressupõe alguma lei ordinária, mesmo que geral e, por outro lado, porque a referibilidade aos direitos fundamentais e à dignidade da pessoa humana legitimam praticamente todos os serviços públicos.

³⁴² JUSTEN FILHO, Marçal. Serviço Público no Direito Brasileiro. In: CARDOZO, José Eduardo Martins et al. **Curso de Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 384: "A instituição de um serviço público depende do reconhecimento jurídico da pertinência daquela atividade para a satisfação dos direitos fundamentais [...] Esse ato de publicização deverá constar de uma lei. A instituição de um serviço público por meio de ato administrativo é ilegal [...] Essa consideração é de extrema relevância, porque significa que, na ausência da publicização legislativa, a atividade não é considerada serviço público, presumindo-se sua qualificação como atividade econômica em sentido restrito."

³⁴³ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 484.

De todo modo, segue-se a argumentação porque, efetivamente, é possível encontrar algumas distinções pertinentes na Constituição, abordadas mais adiante.

É através do processo de criação e recriação constitucional que os indivíduos acabam por desistir de buscar as garantias sociais de solidariedade baseadas na cultura, na religião ou na história, por uma solidariedade que se concretiza por meio da cidadania, ou uma organização de direitos ativável contra/na sociedade. Desse modo, os fundamentos da cidadania deixam a esfera cultural e passam para a fundamentação do processo constituinte. A razão para isso estaria no fato de, ao se analisar a racionalidade das comunicações no processo de elaboração das legislações, ocorreria um retorno *ad infinitum*. Nesse ponto, insurge-se no problema da fundação constitucional e a sua atualização:

[...] sugiro que entendamos o próprio regresso como a expressão compreensível de um aspecto do caráter da constituição dos Estados Democráticos de Direito, isso é, a sua abertura para o futuro: uma Constituição que é democrática, não somente de acordo com seu conteúdo, mas também de acordo com a fonte de sua legitimação, constitui um projeto capaz de formar tradições com um início marcado na história. Todas as gerações posteriores enfrentarão a tarefa de atualizar a substância normativa inesgotável do sistema de direitos estatuído no documento da Constituição, a legislação em vigor continua a interpretar e a escrever o sistema dos direitos, adaptando-o às circunstâncias atuais (e nesta medida, apaga a diferença entre normas constitucionais e simples leis). É verdade que essa continuação falível do evento fundador só pode escapar do círculo da autoconstituição discursiva de uma comunidade, se esse processo, que não é imune a interrupções e a recaídas históricas, puder ser interpretado, *a longo prazo*, como um processo de aprendizagem que se corrige a si mesmo [grifos do autor]³⁴⁴.

Então seria importante buscar construir um discurso de continuidade comunicativa entre o discurso de justificação *constitucional* e uma possível aplicação, porque, dentre os discursos existentes, a Constituição é o mais legitimado. A busca por distinções a compor o conceito de serviço público deveria começar pela Constituição para só passar às outras “fontes” do Direito.

Mas, a despeito de todos os esforços, sempre será uma tentativa dentre outras.

³⁴⁴ HABERMAS, Jürgen. **A Era das Transições**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 165.

Note-se que é possível que, nessa estrutura de argumentação, não haja necessidade de se estipular preferência sobre a construção do conceito vinculado, necessariamente, ou a tradições imemorais ou ao ordenamento. A questão do ato de fala contempla os dois. Entretanto, há razões em forma de autodescrição do sistema para se preferir a Constituição como fonte do conceito, a despeito de quão difícil ou até impossível seja tal empreitada.

O conceito de serviço público será adequado se, além da sinceridade na intenção comunicativa que exige a ação comunicativa, tiver se pautado pelo critério de racionalidade prática do princípio da continuidade comunicativa.

Este capítulo serviu à tese de que é possível fundamentar racionalmente a escolha do conceito (logicamente, a partir de uma auto-observação), ou seja, de que existem argumentos substanciais capazes de dizer que um conceito foi escolhido não decisionisticamente, mas sim com base em razões. Tomou-se por base a idéia de norma. Estas razões são escolhidas em procedimentos de decisão que se pretendem inclusivos. Esta inclusão é, precisamente, a base de legitimidade das normas jurídicas, visto que a imparcialidade, aqui, significa a abertura de tematização e de tráfego de fluxos comunicativos da esfera pública até à promulgação da lei. Trata-se, portanto, de fundamentar as normas, dizer quais as razões pelas quais elas devem ser escolhidas. E uma norma bem-fundamentada é aquela que pode encontrar assentimento nela mesma, visso que a antecipação de seus possíveis efeitos é sempre uma atividade temerária.

Justamente porque não existe norma perfeita (isso é, capaz de descrever plenamente seus pressupostos de aplicabilidade – na linha Habermas/Günther), é que existem os discursos de aplicação. Não há um contínuo automático entre norma e fato; é necessário um juízo prático que tenha operações complexas o suficiente para dar conta, tanto da base normativa quanto da base de fatos. O juízo deve verificar a maior quantidade possível de fatos e conjugar isso a uma visão coerente do ordenamento. Se é bem verdade que o doutrinador que trabalha com o conceito de serviço público terá de ter uma visão coerente e complexa do ordenamento, de outra banda, não há base de fatos análoga ao caso judicial; os fatos apresentam-se da maneira como se apresentam ao discurso de fundamentação: como estados-de-coisas e como possibilidades de

sucesso instrumental no mundo. Daí se poder dizer que o esquema discursos de fundamentação/aplicação não pode aplicar-se em sua “pureza”, ao conceito de serviço público, uma vez que o que fundamenta esse é uma mistura dos dois, isto é, o discurso doutrinário, que aqui foi chamado de discurso de mediação porque especializado em dar continuidade argumentativa de um lado a outro.

A questão é, então, construir as estruturas argumentativas e processuais capazes de gerar consenso. Outra questão é se é possível fazê-lo. O consenso não é gerado por si só ou pelas suas condições processuais: é necessário que o argumento mesmo seja estruturado de tal forma, que permita aos participantes a formação de sentidos intersubjetivos. No objeto do presente trabalho, significa achar as condições processuais e as condições argumentativas que sejam capazes de dar conta da tarefa de conceituação.

A racionalidade prática/comunicativa pode trazer critérios materiais? Depende do que se entende por esses critérios materiais. Conteúdos, por exemplo, “é serviço público o serviço de táxi” a racionalidade/comunicativa nunca poderá conceder, e qualquer esperança nesse sentido é vã, justamente devido ao fato da autonomia dos sistemas. Existem critérios, contudo, que *guiam* o conteúdo, e por isso se respondeu mais acima que não se pode fazer qualquer coisa na racionalidade prática. Se se obriga a publicizar determinada proposta, por exemplo, conteúdos obviamente imorais já ficam de fora. Kant fizera isso a sua maneira: os conteúdos devem ser generalizáveis em um processo de universalização. Habermas vai muito mais além, trabalhando a racionalidade prática e somando-a com a comunicativa, adicionando muito mais complexidade. Significa, desse modo, que é possível dizer que não há discricionariedade também na atividade legislativa: se os procedimentos foram seguidos, aquela resposta é a correta, mesmo que dure muito pouco e seja criticável: o fato de uma proposta e de uma lei serem criticáveis, falhas e substituíveis é justamente um critério que permite dizer que o procedimento ajuda na correção. Quer-se, a partir de uma auto-observação, realizar o também impossível: reduzir a discricionariedade na conceituação.

Óbvio que os procedimentos nem de longe garantem uma boa resposta, mas é a única de que se pode dispor, na ausência de qualquer outra coisa. Por

outro lado, voltando a Luhmann, o sistema sempre terá respostas, não importa de que qualidade. Agora, o efeito dessas razões no sistema psíquico, especialmente no que toca ao serviço público, é o décimo terceiro camelo; o encontro do *lingam-yoni* que não chega ao resultado, mas que se transforma em criatividade; enfim, o indizível.

Retomando as idéias desse capítulo:

1. Toda ação acontece dentro do sistema, inclusive a diferença entre o que está dentro e fora do sistema. O sistema cria possibilidades de modificação a partir de critérios do próprio sistema. No caso do sistema do Direito, o principal requisito é o pertencimento ao código do Direito.

2. Os conceitos jurídicos assumem funções diversas, dentre as quais a de oscilador do sistema, ou seja, criam novas alternativas ao sistema. A partir da oscilação, percebem-se novas possibilidades. Precisamente cumpre esta função o conceito de serviço público, que oscila, trazendo possíveis distinções que, na prática jurídica, são vistas como correções do conceito ou adequações do conceito à realidade. Assim, por exemplo, pode-se pensar na adaptação do conceito de serviço público à onda neoliberal, percebendo-se como serviço público mesmo aquelas atividades realizadas sob o regime concorrencial (ou justamente retirar esses serviços da órbita do serviço público). Um conceito de serviço público, portanto, deve agregar outras distinções que só a vinculação ao código. Assim, a oscilação gira em torno de eixo fundamental, que é o critério de entrada do serviço público como serviço público, que são justamente as distinções que envolvem serviço como atividade e público como decisão democrática. Até aí, é revisão da oscilação do sistema.

3. A oscilação é fundamental, mesmo na auto-observação dogmática. Entretanto, há aí um paradoxo que deve ser velado e, posteriormente, despreendido, que é justamente o do caráter de pluralidade e de definitividade do conceito. Ao mesmo tempo em que a oscilação é positiva para o sistema, pois gera excedentes de possibilidades, dentro dos marcos de autocompreensão do Direito, cada conceito tem a pretensão de ser o único correto.

4. O problema da pluralidade é resolvido pelos mecanismos de tempo e de argumentação do sistema. Nunca é necessário resolver o conceito de uma vez por todas. Do mesmo modo, o sistema assimila as diferenças entre os conceitos de serviço público como uma saudável concorrência para se descobrir o único conceito correto. O tempo assimila essa problemática.

5. É necessário ir além daquele eixo do oscilador. Nem todos os conceitos de serviço público servem para a formação de estruturas do sistema. Alguns conceitos de serviço público não podem sequer servir de repositório de concepções errôneas de serviço público. Daí a inserção nos problemas de seleção do sistema.

6. Dos mecanismos de seleção, o principal deles é a argumentação. É necessário argumentar que determinado conceito de serviço público é o melhor. Dizer que o conceito de serviço público é o melhor significa dizer que o conceito de serviço público é mais fiel à forma do serviço público. O problema é achar as razões que levam ao melhor conceito de serviço público.

7. O melhor conceito de serviço público é aquele que mais enlaçado está com o sistema jurídico, isso é, que está ligado com o símbolo da validade. Se o conceito é a composição de diversas distinções, então cada uma das distinções deve estar ligada ao Direito. Entretanto, com isso ainda não se consegue critérios para se dizer quais são as distinções pertinentes para se dizer o que é serviço público. Aliás, com Hans Albert, é possível dizer que tal empreitada é quase impossível – ou é impossível pelo menos dentro dos parâmetros da dogmática atual.

8. Além de vinculado ao Direito, o conceito deve ser capaz de reutilização – além de ser, ele mesmo, fruto de um processo coletivo de geração de redundâncias.

9. Se se diz que o conceito deve estar acoplado operativamente com a validade do ordenamento, bem como vinculado a textos, então ele é também uma espécie de interpretação. A interpretação é uma espécie de preparação para a

argumentação, de modo que, efetivamente, o problema de seleção do conceito é um problema argumentativo.

10. A reutilização dos conceitos é que provoca a consolidação. A partir da reutilização, o conceito vai sendo corrigido e agregado com mais distinções. Desse modo, torna-se torna uma unidade operativa dentro do sistema jurídico. Sob o aspecto da sua forma de apresentação, é como se fosse, contudo, uma operação de mero reconhecimento do que já existe desde sempre, não sendo permitido publicizar seu caráter de experiência. Tampouco é permitido aos conceitos apresentarem-se como vinculados a interesses.

11. A partir de Habermas, buscou-se uma visão normativa da criação do conceito. O argumento gira em torno da idéia de consenso racional, formatado a partir de uma situação ideal de fala. A partir daí, é possível legitimar os procedimentos de criação de conceitos. Qualquer proposição racional tem de estar estribada em procedimentos capazes de gerar consenso, ou seja, regulados pelo que Habermas chama de princípio do discurso. No Direito, o princípio do discurso tem, por significado, as garantias legais que permitem a construção de normas através de processos comunicativos e inclusivos.

12. Com Habermas e Günther, fundamentou-se a idéia de que a aplicação do Direito se dá em dois estágios. esses dois estágios regem-se pelo mesmo princípio de universalização, porém adquirem significados diferentes por serem regidos por lógicas do discurso diferentes. Os discursos de justificação – criação de normas – têm, por conteúdo, a idéia de que o Direito deve abrir-se à participação de todos, enquanto os discursos de aplicação têm, por significado, a aplicação da norma e conteúdo à necessidade de exame de todas as normas e fatos possíveis de serem aplicáveis. O problema do discurso doutrinário é que ele não se encaixa em nenhum tipo de discurso, de modo que é necessário pensar uma alternativa.

13. A alternativa é pensada na forma de um discurso que se mantenha entre os dois tipos de discursos mencionados anteriormente. Trata-se de um discurso que faça a mediação entre o discurso de justificação e o de aplicação. Tal discurso deve agir de modo a manter a continuidade argumentativa entre o

discurso de fundamentação e o de aplicação. O conceito de serviço público, portanto, deve ser capaz de realizar a transição entre esses.

14. Finalmente, é necessário fundamentar o conteúdo do discurso de mediação. Tal é realizado através de uma radicalização das pretensões de validade de um ato de fala e, ao mesmo tempo, utilizando-se da lógica da argumentação de Toulmin. Com isso, conseguem-se, finalmente, alguns critérios de seleção de conceitos de serviço público, muito embora nem de longe se chegue perto da resposta definitiva.

O próximo capítulo versa sobre a operação de fechamento da autopoiesis do sistema e de uma das funções do conceito de serviço público, que é a de servir de memória para o sistema.

4 FUNÇÃO DE (RE)ESTABILIZAÇÃO E MEMÓRIA: de como o conceito de serviço público serve de memória ao sistema

O sistema evolui. É necessário, contudo, marcar os pontos de estabilização, criar episódios. Relembrando a passagem citada acima,

Parece que tanto no campo orgânico quanto no sentido da evolução dos sistemas complexos é necessária a ação conjunta de três tipos de mecanismos: (1) mecanismos de *geração de variedade* no sentido de uma superprodução de possibilidades; (2) mecanismos de *seleção das possibilidades aproveitáveis*; (3) mecanismos de *manutenção e estabilização* das possibilidades escolhidas, apesar do campo de escolha permanecer complexo e contingente³⁴⁵.

Apesar de o episódio ser contingente, e nada garantir que não vá mudar em pouco tempo, é necessário para o estudo do estado atual do sistema. Os juristas atuam sempre a partir do estado atual do sistema, tomando os institutos como um resultado definitivo. Assim, se se quer descrever um instituto, é necessário criar um momento, recortá-lo e partir para a descrição. Precisamente é essa a intenção desse capítulo.

Falar de um episódio é falar na reestabilização do sistema. Este evolui oscilando, selecionando e, finalmente, reestabilizando-se³⁴⁶. Com a seleção, estabelece-se um novo estado de coisas que forma a estrutura do sistema e, com isso, serve para manter e dar consistência às operações desse sistema³⁴⁷. O conceito de reestabilização³⁴⁸ é necessário para marcar um momento estático que, na verdade, não ocorre, visso que, continuamente, o sistema continua operando sua *autopoiesis*. Entretanto, dada a velocidade das modificações no

³⁴⁵ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p.175.

³⁴⁶ LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. México: Herder, 2007. p.867. p. 358: “La reestabilización se refiere al estado del sistema que está evolucionando después de una selección que ha resultado positiva o negativa.”

³⁴⁷ LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. México: Herder, 2007. p.337” En el caso de la selección positiva debe establecerse en el sistema una nueva estructura con consecuencias que más adelante deben probarse.”

³⁴⁸ LUHMANN, Niklas. **El Derecho de la sociedad**. Universidad Iberoamericana: México, 2002. p.331: “[...]la función de la selección no se distingue todavía de los problemas de reestabilización del sistema. La selección opera con relación a un derecho que supone estable[...].”

Direito, é possível gerar sensações nos sistemas psíquicos de que o sistema parece estável em determinados momentos e dá saltos em outros.

Desse modo, a (re)estabilização é um marco do conceito que marca uma evolução³⁴⁹: “[...] Como es típico en la evolución, el resultado consolidado es la conclusión de una fase evolutiva, como también la condición para reconocer y especificar la siguiente variación”³⁵⁰.

Com a seleção, criam-se os episódios no sistema. A partir dela, surge uma nova estrutura:

Igual de artificial es la formación de episodios que se asignan a la variación y cuyo resultado se describe con la reestabilización. El concepto aislado de selección – y en esto revela su sitio clave en el concepto de evolución – no puede indicar el inicio o el fin de un episodio evolutivo. Un sistema autopoietico no puede ni comenzar ni terminar una transformación de la estructura con la selección. Por eso, con una simplificación tosca, puede definirse la evolución como selección de la estructura, y se considera que las estructuras guían la selección de las operaciones, puede definirse la evolución como selección de las selecciones³⁵¹.

Ligada com a representação, está a questão da memória do sistema. Reestabilização e memória não são a mesma coisa. Entretanto, optou-se por apresentar a questão da memória do sistema nesse capítulo, já que o conceito de serviço público, uma vez reestabilizado, pode ser observado enquanto memória do sistema. Esta memória do sistema possibilita o trabalho com diversas distinções possíveis que envolvem o serviço público e que são tratadas na segunda seção desse capítulo.

4.1 Memória e conceito

³⁴⁹ LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. México: Herder, 2007. p.337: “esse intento exhibe la reestabilización como el final de una secuencia. Aunque la estabilidad también se presupone como principio, es decir, como precondition de que algo puede variar. Por eso el tercer factor de la evolución es la vez principio y fin, es concepto dirigido a esta unidad; concepto que puede describirse como estabilidad dinámica, ya que desemboca en un cambio estructural.”

³⁵⁰ LUHMANN, Niklas. **El Derecho de la sociedad**. Universidad Iberoamericana: México, 2002. p.333.

³⁵¹ LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. México: Herder, 2007. p.359.

O problema da memória³⁵² é fundamental para o sistema, que tem de ser capaz de, mediante seu movimento atual, determinar que certas informações já existiam e fazem parte do seu passado. A partir da função de memória –, utilizada sempre no presente – o sistema consegue criar sua realidade e sua consistência. A partir dessa realidade, acessa outras operações e permite a continuidade da autopoiesis³⁵³.

Luhmann apresenta uma interessante bifurcação da função da memória. Recordar é a função mais óbvia. Entretanto, ele fala também em omitir, esquecer:

[...] la función de la memoria, o dicho con más exactitud, la doble función de recordar y olvidar. Sin olvido no habría aprendizaje ni evolución. Esta doble función se realiza en la permanente reimpregnación (los psicólogos hablan con frecuencia de “reinforcement”): por un lado, con la repetición de la comunicación, el empleo de las palabras y el uso de las referencias surge la impresión compacta del ‘estar familiarizado con’: por otro lado – precisamente mediante esto – se deja en el olvido cómo fue antes, cuando determinadas impresiones, exigencias e irritaciones se presentaron como nuevas, sorprendentes, no familiares. La repetición produce ella misma el recordar y el olvidar. En todo esto tienen que ver las condiciones del operar mismo – el cual en todo momento es actual; es decir, no se trata de un jugueteo de aquí para allá en el tiempo. De esta manera en el ajedrez puede partirse de la posición actual de las figuras en el tablero sin tener que recordar cómo se ha llegado a tal posición, y por eso también pueden encontrarse problemas de ajedrez en los periódicos sin indicaciones sobre la historia del partido. El juego se volvería demasiado complejo si para seguir jugando fuera necesario recordar la historia del partido – aunque puede resultar provechoso recordar la secuencia de los últimos movimientos del adversario para adivinar mejor su estrategia³⁵⁴.

A recordação pela repetição usualmente apresenta apenas o resultado. Ao se omitirem os caminhos para a seleção, consegue-se estabelecer uma simplificação. Esta simplificação é importante para que o sistema continue a operar de maneira regular.

³⁵² LUHMANN, Niklas. GIORGI, Raffaele De. **Teoria della società**. Milão: Franco Angeli, 1996, p. 87-88: “La qualità sacrale della memoria si riforma come ricordo di un passato che costituisce il fondamento, così che accanto a ciò si può introdurre una prassi artificiale della annotazione e un training della memoria altamente aviluppato.”

³⁵³ LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. México: Herder, 2007. p.457: “Más bien se trata de una función que se utiliza de manera incesante – aunque siempre en el presente – que se verifica a consistencia de todas las operaciones que suceden en vista de lo que el sistema construye como realidad. En nuestro ámbito temático esas operaciones son comunicaciones – y no cambios de estados neurobiológicos del cerebro ni tampoco de lo que una conciencia particular se hace consciente. Por eso, la función de la memoria consiste en garantizar los límites de las posibles pruebas de consistencia y en liberar a la vez capacidad de procesar información con el fin de que el sistema se abra a nuevas irritaciones.”

³⁵⁴ LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. México: Herder, 2007. p.458.

En general basta cuando el presente se admite como un pasado coagulado bajo la condición de que haya suficientes identidades (en nuestros ejemplos: los posibles movimientos de las distintas figuras, los posibles empleos de las palabras) que garanticen que un pasado olvidado – existente tan sólo en el presente – puede enlazarse con el futuro. Las identidades son rendimientos especiales que alivian a la memoria³⁵⁵.

Nesse contexto, é importante lembrar o que já foi dito: “Los conceptos son las distinciones. Las distinciones son indicaciones para cruzar la frontera³⁵⁶.” A memória do conceito simplifica, abstrai das distinções que cruzam a fronteira. Entretanto, é possível lembrá-las para o bem da argumentação.

Os conceitos justamente preenchem a *memory function*:

Con ayuda de conceptos, las distinciones pueden ser conservadas para tenerlas disponibles en caso de un sinnúmero de decisiones. Con otras palabras: los conceptos acaparan información y producen con ella la redundancia que necesita el sistema³⁵⁷.

O conceito de serviço público tem esta função crucial, que é justamente a conservação de informação para que seja possível a repetição daquela distinção em outro momento. Com o conceito, se conservam-se experiências que poderão, conforme as circunstâncias, ser chamadas novamente, de acordo com o caso³⁵⁸.

Por un lado, los conceptos y las teorías deben quedar condensados de un modo tal que puedan ser identificados en la reutilización. Por otro, la reutilización se lleva a cabo en situaciones diversas dado que cada caso es nuevo y, sin embargo, se tienen que confirmar las estructuras de sentido que se mantienen invariables. Del primer camino resulta una reducción; del segundo, un enriquecimiento de sentido: uno condiciona al otro.³⁵⁹

O paradoxo do conceito é justamente esse: em cada operação, por exemplo, uma observação doutrinária em um livro ou em uma decisão judicial, o conceito é, ao mesmo tempo, uma utilização que se enlaça em uma situação

³⁵⁵ LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. México: Herder, 2007. p.458-459.

³⁵⁶ LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. México: Herder, 2007. p.897.

³⁵⁷ LUHMANN, Niklas. **El Derecho de la sociedad**. Universidad Iberoamericana: México, 2002. p. 449.

³⁵⁸ LUHMANN, Niklas. **El Derecho de la sociedad**. Universidad Iberoamericana: México, 2002. p. 451: “[...] em el concepto se conservarán experiencias que están disponibles para que sean llamados de nuevo, aun cuando em el concepto mismo essas experiencias no estén formuladas (de outro modo lo que resultaria sería um texto) y aun cuando sólo se reactualizen bajo circunstancias muy especiales.”

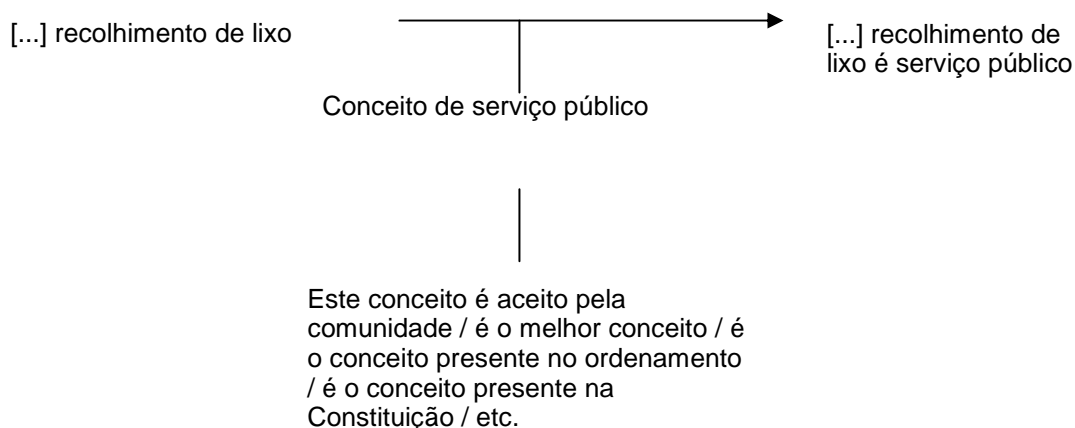
³⁵⁹ LUHMANN, Niklas. **El Derecho de la sociedad**. Universidad Iberoamericana: México, 2002. p. 62.

diversa, mesmo que muito parecida (quais os critérios que fazem do parecido algo parecido?), como o serviço público de recolhimento de lixo da cidade Nova Atlântida, comparado com o da cidade Nova Lemúria, ou mesmo se o recolhimento de lixo é serviço público, então o recolhimento de equipamentos eletrônicos também deve ser. Mas ocorre que cada utilização do conceito é confirmação - é condensação das regras de uso do conceito.

A partir daqui, são gerados problemas de identificação do conceito. Geram-se problemas de enlace entre conceito e outras operações do sistema do Direito. Na perspectiva do Direito, também é um problema de argumentação. A pergunta que se faz, portanto, é a seguinte: como é possível um acoplamento operativo entre conceito e a operação atual? O sistema, é claro, tem seus critérios.

Pode-se retomar a argumentação levantada a partir de Habermas, Günther e Toulmin.

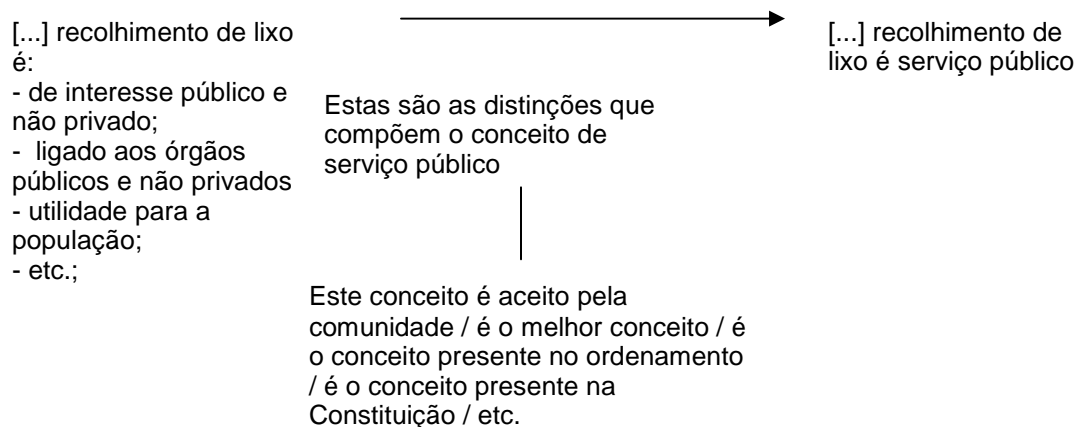
Um primeiro olhar levaria à seguinte estrutura argumentativa.



Trata-se, contudo, de uma visão ainda muito pobre, de modo que é necessário refinar um pouco mais.

Como diz Luhmann, a memória se refere a distinções: “[...] la memoria se refiere a *distinciones*, dicho de manera más exacta: se refiere a designaciones de

algo como distinto a lo otro”³⁶⁰. Então seria possível especificar mais a operação de transição do conceito do seguinte modo:



Com essa estrutura de argumentação, não se está a dizer que aquelas distinções ali sejam as distinções pertinentes ao serviço público. Apenas se está a demonstrar a estrutura de uma argumentação que pretenda enlaçar operativamente comunicação (no exemplo, sobre o recolhimento de lixo) com o serviço público. Nesta mesma linha, no esquema acima, mostrou-se que é importante lembrar as distinções que compõem o conceito para dar um pouco mais de precisão. esse tipo de operação, com mais distinções e, portanto, com mais complexidade, geralmente é utilizado nas observações doutrinárias. No dia-a-dia dos juristas, basta a utilização do esquema mais simples, utilizando simplesmente o conceito, sem ramificar internamente suas distinções. É possível observar o mesmo esquema acima a partir da perspectiva dos programas condicionais/finalísticos. É o que será feito no sétimo capítulo.

Se bem que os conceitos, como distinção, limitem a discricionariedade, “[...] la memoria controla la resistencia de las operaciones del sistema contra las operaciones del sistema [...]”³⁶¹ já que, se consolidada a distinção, ela tende a ser repetida e se torna um meio de assimilação das contingências³⁶². Com o recurso

³⁶⁰ LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. México: Herder, 2007. p.459.

³⁶¹ LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. México: Herder, 2007. p.459.

³⁶² LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. México: Herder, 2007. p.720: “[...] las distinciones adquieren la función de limitar la discrecionalidad en el paso de una cosa a la otra, se transforman en formas regulativas para el trato de las contingencias [...]”

à memória de serviço público, dizer que algo é ou não serviço público traz segurança, a despeito de quão arbitrário ou mutável possa ser o conceito.

O fato de o conceito pertencer à memória do sistema, em realidade, significa apenas isso: estar na memória. Um observador de primeiro grau pode estabelecer as qualidades do conceito, dizer que é o mais adequado para a solução de problemas e assim por diante. Mas

Ninguna de las distinciones escogidas puede exigir validez última o reclamar la función de poder juzgar a las demás. Cada una opera ciegamente con respecto a sí misma. Al mismo tiempo no hay nada que escape en principio al distinguir y al señalar, nada que por razones de su “esencia” debiera quedar en secreto. Todo se convierte en historia - ¡ni halar de ‘poshissoria’!³⁶³

Entretanto, sem memória, não há consolidações, não há conceitos e não há, finalmente, operações de enlace. Desse modo, é fundamental para o sistema jurídico a função memória do conceito.

É interessante enlaçar esta problemática com a da interpretação de Habermas, visso logo acima. Esse autor diz que as decisões podem ter discricionariedade diminuída se, dentre outros procedimentos, estiverem em diálogo com os paradigmas do Direito. Por exemplo, deve existir algum tipo de conexão entre serviço público e, por exemplo, paradigma do “Estado Democrático de Direito.”

Desse modo, é importante observar que esse trabalho lidou com o conceito de maneira um tanto quanto independente de suas demais ligações. É possível analisar o conceito de serviço público através de suas ligações com as teorias:

Las teorías provenientes de la praxis son más bien un producto colateral de la necesidad de que se tomen decisiones sólidas. Se puede hablar sin exageración de primacía de las consideraciones metodológicas sobre las teóricas. Las teorías agrupan los datos y ordenan el complejo material al que se enfrenta la práctica jurídica³⁶⁴.

Com as teorias, é possível tomar decisões mais sólidas e organizar melhor o material. Geralmente o serviço público aparece ligado com determinadas

³⁶³ LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. México: Herder, 2007. p.867.

³⁶⁴ LUHMANN, Niklas. **El Derecho de la sociedad**. Universidad Iberoamericana: México, 2002. p. 62.

concepções de administração pública: mais interventiva, menos interventiva; ligada ao direitos fundamentais, ligada à burocracia e assim por diante. nesse trabalho, Habermas cumpre esse papel de teoria que reentra no Direito:

Por conseguinte, los trabajos que se llevan a cabo internamente en el sistema jurídico – la teoría del derecho, la dogmática jurídica, los principios y los conceptos del derecho [...] se trata, antes bien, de un esfuerzo por alcanzar consistencia conceptual, de llegar a la comprobación de la universalidad de los principios, de los conceptos, de las reglas de decisión; i.e., un esfuerzo de “amplificación” y, más que nada, un afán de corregir las generalizaciones demasiado extensas por medio del esquema regla/excepción. Al interior del sistema esto puede entenderse como trabajo en torno a la justicia que, además, se hace acompañar de un concepto de valor que aclara y da sentido al trabajo del jurista. El problema de la legitimación surge precisamente a partir de las selecciones obligadas que se han empleado; es decir, a partir de la contingencia que se hace visible en los resultados³⁶⁵.

A distinção consistência/inconsistência conceitual é transferida para as teorias sobre o Direito, e essas dissipam a problemática a partir da autoridade de lugares de fala e em repetições imemoriais. Desse modo, a significação é, usualmente, um lugar ou do acaso ou da força, mas dificilmente do melhor argumento, até porque é muito difícil formar consenso em torno do melhor argumento – entretanto, é necessário falar sobre o melhor argumento, mesmo que seja quase impossível alcançá-lo, como espaço de crítica do Direito.

A partir do trabalho com as expectativas, vai ser possível realizar alguma discussão com as expectativas – tomadas como distinções – existentes no sistema jurídico.

4.2 Distinções possíveis do conceito

Por distinções possíveis, entendam-se as distinções já existentes no ordenamento jurídico. Se as distinções são passíveis de observação, já fazem

³⁶⁵ LUHMANN, Niklas. **El Derecho de la sociedad**. Universidad Iberoamericana: México, 2002. p. 64.

parte da estrutura – não necessariamente fazem parte daquilo que os juristas consideram “válido” ou aplicável.

Quer-se explorar aqui as expectativas que já fazem parte da complexidade estruturada do Direito, ou seja, o que é possível, a partir da perspectiva do Direito, estar no lado de dentro do conceito de serviço (e o que pode estar fora). Sabe-se que o mundo é contingente e complexo e que essas distinções poderiam ser outras. Entretanto, são as distinções que fazem parte do sistema, e, por isso, devem ser analisadas para ilustrar a problemática do serviço público.

Essa problemática está ligada com a idéia de estrutura. Certas estruturas adquirem estabilidade³⁶⁶ a partir da exclusão de outras alternativas. *Alter* sabe o que esperar que *ego* espere. As alternativas podem surgir, contudo, a qualquer instante. Quando a alternativa é realizada, há um desapontamento. As expectativas³⁶⁷ que se esperavam não se realizaram. É possível tomar dois tipos de atitudes perante essa decepção: ou manter a expectativa e tomar a comunicação recalcitrante como erro ou exceção, ou assimilar, em forma de

³⁶⁶ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 54: “No processo cotidiano de comunicação isso ocorre inicialmente na medida em que alguém escolhe uma comunicação entre diversas outras comunicações possíveis, e o seu destinatário trate o que foi comunicado não mais como seleção, mas sim como fato, ou como premissa de suas próprias seleções, ou seja, incorporando a escolha do outro no resultado da seleção prévia. Isso alivia o indivíduo em grande parte do exame próprio das alternativas. As estruturas potencializam esse efeito aliviante na medida em que estabelecem as referências de uma seleção a outra. Através de um ato de opção, geralmente não percebido como tal, as estruturas restringem o âmbito da possibilidade de opções.”

³⁶⁷ LOPES JÚNIOR, Dalmir. Introdução. LOPES JÚNIOR, Dalmir; ARNAUD, André-Jean (Orgs). **Niklas Luhmann: do Sistema Social à Sociologia Jurídica**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004. p.16: “Quando os partícipes sabem o limite do que podem esperar do outro, o sistema social cumpre seu papel, a saber, reduzir a complexidade social. Para que isso ocorra, tanto *alter* como *ego* precisam compartilhar expectativas comuns. As expectativas precisam ser, sobretudo, generalizadas, quer dizer, não basta que *ego* tenha uma expectativa sobre o comportamento de *alter*, e vice-versa. Isso porque *alter* pode atuar de maneira diversa do que *ego* espera, e não só por acaso, mas por conhecer o que esse espera. A reflexividade expressa a relação em que *alter* sabe que *ego* determina seu comportamento em função dele, então *alter* pode considerar o efeito dessa antecipação. *Alter* pode não deixar claras suas intenções ou enganar *ego* a partir de uma dissimulação. Acontece que justamente por isso que são formadas as estruturas dos sistemas sociais. O comportamento não pode ser previsto, mas aquele que atua numa interação cria a expectativa sobre o que é esperado, ou seja, ele cria uma expectativa sobre expectativas. A formação desses laços de confiança é o que torna possível os sistemas sociais emergirem como orientações para ação. Cumpre ressaltar que a realidade que emerge como “ordem” generalizada de expectativas, é independente dos partícipes da relação, não quer dizer que não haja interação recíproca, mas quando há, esta somente ocorre de forma indireta e especial, pois ambos possuem recursividades próprias.”

aprendizado, a novidade. Trata-se das expectativas normativas e cognitivas, respectivamente:

Nessa acepção (inconvenção), a diferenciação entre o cognitivo e o normativo não é definida em termos semânticos ou pragmáticos, nem referenciada aos sistemas afirmativos que as fundamentam ou à contradição entre informações informativas e diretivas – mas sim em termos funcionais, tendo em vista a solução de um determinado problema. Ela aponta para o tipo de antecipação da observação de desapontamentos, sendo assim capaz de fornecer uma contribuição essencial para o esclarecimento dos mecanismos elementares da formação do Direito³⁶⁸.

No caso das expectativas normativas, sabe-se previamente que existe a possibilidade de sua frustração. Porém a frustração está imunizada – a expectativa se mantém mesmo que frustrada. Já o “ovisto adequado ao normativo não é fático, mas sim cognitivo”³⁶⁹, isso é, o aprendizado pela renúncia da expectativa anterior e a formação de uma nova. As normas orientam-se a partir dessa idéia de garantia contrafática contra a decepção das expectativas. Isso não quer dizer que todo o Direito seja formado por expectativas normativas, mas sim que essa expectativa é a predominante dentro do sistema do Direito.

O conceito de serviço público – e as distinções dentro do conceito – indubitavelmente, recai no lado das expectativas normativas, muito embora não possa ser considerado norma em uma observação de primeiro grau. O conceito é uma expectativa normativa porque está preparado para sobreviver, mesmo na recalcitrância. Por exemplo, determinada atividade, como a de telefonia celular, tem todas as distinções de um conceito, isto é, é considerada uma atividade de interesse público, mas é considerada pelos órgãos de decisão do sistema como atividade econômica. Mesmo diante dessa decepção, o conceito de serviço público permanece. Os conceitos jurídicos – e o conceito de serviço público –, contudo, possuem a peculiaridade de a renúncia à normatividade estar muito mais próxima do que as normas. Obviamente, um que outro jurista pode ser mais teimoso, mas, em nível sistêmico, o sistema abandona os conceitos de maneira mais rápida que as normas, até pela representação que o sistema faz dos conceitos, como mera indicação de algo, e das normas, como produto da Constituição ou da vontade popular. Se um conceito não está mais cumprindo a

³⁶⁸ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p.56.

³⁶⁹ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p.57.

sua função por parecer não corresponder mais ao ordenamento, é mais fácil substituí-lo do que dizer que uma norma não vale mais. Por exemplo, a noção de que necessariamente o serviço público se caracteriza por um regime jurídico público é claudicante e, no momento em que se formar um quase consenso no centro e na periferia do sistema de que o regime jurídico desimporta, essa distinção estará fadada a ser repelida e, assim, o sistema terá de aprender: “dependência da relevância da expectativa e das chances de realizá-la, pode-se optar por sua sustentação ou pela renúncia a ela”³⁷⁰.

Por outro lado, o conceito, enquanto expectativa normativa, dá a resistência necessária para considerar certos comportamentos como erros. Por exemplo, enquanto o recolhimento de lixo não der lucro, muito provavelmente será considerado pela doutrina como serviço público. Se um juiz em primeiro grau ou um município considerarem o recolhimento de lixo como atividade econômica, claramente terá havido uma frustração das expectativas de considerar recolhimento de lixo como serviço público, mas essa expectativa se manterá, e a institucionalidade colocará o magistrado ou o município em seus devidos lugares.

A proteção do conceito enquanto expectativa dá-se pela sua institucionalização. O conceito é processado enquanto construção do sistema, seja pela periferia, seja pelo centro e, através das instituições do Direito, antecipa os consensos e os toma como pressupostos. Por exemplo, o conceito de serviço público é institucionalizado pelo uso que o STF faz dele. O STF pode pressupor um determinado conceito como de consenso pela comunidade científica ou mesmo pela população brasileira, sem que, efetivamente, a generalidade das pessoas o tenha examinado. O argumento contra-instituição, por óbvio que possa ser, sempre é mais custoso; desse modo, o conceito de serviço público mantém-se em uma estabilidade relativa, na pluralidade de seus conteúdos; o sistema aceita facilmente variantes das concepções clássicas de serviço público, porém é extremamente difícil a aceitação de uma alguma teoria revolucionária de serviço público que eventualmente aparecer³⁷¹.

³⁷⁰ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 57.

³⁷¹ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 81-82: “Aquele cujas expectativas sejam contrárias à instituição terá contra si o peso de uma auto-evidência presumida. Inicialmente ele tem que contraditar bases comportamentais aceitas, já

Essas expectativas se generalizam e se tornam congruentes. No caso do conceito de serviço público, existe uma série de expectativas presentes no ordenamento. A argumentação do trabalho vai observar essas expectativas a partir da idéia de distinções que compõem um conceito, para fins de ilustrar as tentativas de caracterização do serviço público por parte do sistema jurídico.

Retomando uma noção já lançada, é necessário repetir que o conceito é construído a partir de distinções. O intento desse trabalho, é necessário lembrar, é o de observar *sociologicamente* o Direito, mas tentar construir alguns momentos de transdisciplinaridade.

O que segue *infra* é a descrição e a análise das tentativas de construção do conceito por parte da dogmática, bem como das distinções relevantes. Isso significa que, para levar a sério tudo o que foi falado até então, deve-se identificar justamente as distinções que compõem o conceito. A tarefa é um tanto quanto facilitada pelo fato de, quase sempre, a doutrina utilizar-se de uma linguagem natural, não tecnicada (muito embora o conceito o seja).

O que aparece pressuposto, contudo, são as expressões das sete funções descritas nesta tese, a saber, que o conceito distingue, oscila, seleciona, estabiliza e memoriza, acopla e deflagra *scripts*. Os conceitos cumprem essas funções, mas elas só se tornam observáveis em uma observação de terceiro grau, isso é, observando-se como os observadores observam a operação imediata do sistema.

Seguem alguns conceitos da doutrina brasileira e da estrangeira. Já se fez o aviso, mas ele aparece novamente: não há rigor quanto à divisão ordenamento nacional/alienígena. Se bem que difiram os detalhes e o regime

abertamente assumidas pelos demais. Com isso ele atinge autoprojeções, tornando-se incômodo ou até mesmo perigoso. Ele precisa arriscar uma iniciativa, sem estar protegido por expectativas pré-estabilizadas. Suas expectativas surgem inesperadamente. Ele precisa tematizar ou problematizar o que é suposto tacitamente, ou mesmo expressamente aceito, dirigindo-o para o foco de interesses comuns e aí destruindo-o, apesar dos demais possivelmente desejarem utilizar a situação com propósitos totalmente distintos, desenvolvendo-a em outras direções. Ele tem que ser capaz de ocupar o centro das atenções comuns – não é suficiente murmurar suas reservas para um dos presentes, ou ridicularizá-los após a situação. Isso significa que a crítica a expectativas institucionalizadas está acoplada a pretensões de lideranças, as quais, independentemente de conteúdos, provocam resistências. O risco é proporcionalmente alto, e com frequência desencorajadoramente alta.”

jurídico do serviço público nos diferentes países³⁷², ao que parece, a globalização já fez o seu trabalho há muito tempo, e os doutrinadores brasileiros usualmente apóiam-se em doutrinadores que basearam seus livros em outros doutrinadores que, por sua vez, se embasaram-se em autores estrangeiros.

Para Alexandre Santos de Aragão,

[...] serviços públicos são as atividades de prestação de utilidades econômicas a indivíduos determinados, colocadas pela Constituição ou pela lei a cargo do Estado, com ou sem reserva de titularidade, e por ele desempenhadas diretamente ou por seus delegatários, gratuita ou remuneradamente, com vistas ao bem-estar da coletividade³⁷³.

Um conceito clássico de serviço público é o utilizado por Maria Sylvia Zanella di Pietro:

(...)toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que a exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente público.³⁷⁴

Celso Antônio de Mello tem um conceito algo semelhante:

Serviço público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material fruível diretamente pelos administrados, prestado pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público – portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais – instituído pelo Estado em favor dos interesses que houver definido como próprios no sistema normativo.³⁷⁵

Celso Antônio de Mello descreve um regime especial de serviços particulares, sob uma fiscalização contínua do Estado, como as de seguro e ensino. Não são serviço público para esse autor, de todo modo³⁷⁶.

Conforme Themisocles Cavalcanti,

³⁷² CAVALCANTI, Themisocles Brandão. **Tratado de Direito Administrativo**. V. II. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1960. p.47.

³⁷³ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos Serviços Públicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 157: “Daí também a relatividade do conceito de *serviço público*, variável de acordo com as condições peculiares a cada país, em determinadas condições e épocas.”

³⁷⁴ PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2006. p.114.

³⁷⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2000. p.575

³⁷⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2000. p.593.

O essencial no serviço público é o regime jurídico a que obedece, a parte que tem o Estado na sua regulamentação, no seu controle, os benefícios e privilégios de que goza, o interesse coletivo a que visa servir³⁷⁷.

Moreira Neto elabora uma “noção funcional de serviço público”, como “a atividade administrativa, assegurada ou assumida pelo Estado, que se dirige à satisfação de interesses coletivos secundários, de fruição individual, e considerados, por lei, como de interesse público.”³⁷⁸

Em Cretella Junior, há uma noção genérica como “toda atividade que o Estado exerce, direta ou indiretamente, para a satisfação das necessidades públicas, mediante procedimento peculiar ao direito publico, derogatório e exorbitante de direito comum”; e outra mais restrita: “toda atividade que o Estado exerce, direta ou indiretamente, para a satisfação das necessidades públicas mediante procedimento típico de direito público exorbitante e derogatório de direito comum, com exclusão da atividade judiciária, regida por outra disciplina”³⁷⁹.

Para Lachaume,

Ainsi, pour la doctrine du début du siècle, comme pour la majorité des auteurs contemporains, la définition, il vaudrait mieux dire l'identification du service public, doit être construite autour des éléments suivantes : intervention d'une personne publique même si elle n'assure pas la gestion quotidienne du service, satisfaction d'un besoin d'intérêt général, recours à un régime juridique spécifique adapté aux exigences d'une bonne satisfactions de l'intérêt général, ce qui signifie pas, loin de là, une soumission intégrale du service public au droit administratif³⁸⁰.

Marçal Justen também estabelece que

Serviço público é uma atividade pública administrativa de satisfação concreta de necessidades individuais ou transindividuais, materiais ou imateriais, vinculadas diretamente a um direito fundamental, destinada a pessoas indeterminadas e sob regime de Direito

³⁷⁷ CAVALCANTI, Themisocles Brandão. **Tratado de Direito Administrativo**. V. II. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1960. p. 55.

³⁷⁸ MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. **Curso de direito administrativo**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 425.

³⁷⁹ CRETELLA JÚNIOR, José. **Administração indireta brasileira**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 61-62.

³⁸⁰ LACHAUME, Jean-François, et all. **Grands Services Publics**. 2ª ed. Pais: Armand Colin, 2000. p.8.

Público³⁸¹.

Esse autor traz uma explicação sobre os termos utilizados. Das distinções que não são óbvias, como a de satisfação de necessidades individuais e transindividuais indistintamente (os juristas separam serviços que não são “fruíveis individualmente”, como a iluminação pública, e os que o são, como a energia elétrica). A prestação do serviço público pode tanto ser imaterial como material. Por imaterial, entendem-se, por exemplo, serviços de radiodifusão. Existe também a necessidade de que os destinatários sejam, em princípio, indeterminados.

É o suficiente sobre serviços públicos. Com isso, tem-se um panorama representativo da problemática. Passa-se, agora, a analisar as distinções internas.

A primeira consideração é que essas distinções são tão fracas, que a comunicação só é possível através de outros enlaces. As operações são invertidas. Explica-se. Sabe-se, em primeiro lugar, quais são os serviços públicos em espécie, ou, pelo menos, alguns de que se tem certeza e outros de que se tem dúvida. Tem-se alguma certeza de que certos serviços são públicos pelo fato de constarem na tradição como tais ou pelo fato de sua menção expressa na lei. Isso não afeta a tese esboçada no primeiro capítulo, porque imediatamente se forma uma comunicação circular, onde é acoplado operativamente o conceito de serviço público àqueles serviços – acoplamento que é permitido em parte justamente pela vagueza do conteúdo. A partir daí, constrói-se algum conceito que legitime e consolide esses mesmos serviços como públicos. Então a construção dogmática das distinções sempre aparece *a posteriori*. Nesse sentido, os conceitos da dogmática efetivamente funcionam. Se se sabe de antemão que tratamento de esgoto é serviço público, então, evidentemente, o conceito vai se encaixar com esse serviço. Isso porque o serviço de tratamento de esgoto é uma prestação voltada a pessoas indeterminadas, com conteúdo econômico e caráter de interesse público.

³⁸¹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 478.

O problema é fazer a operação inversa, isso é, partir do conceito para o serviço. A hipótese aqui tratada é que, com as distinções atuais, isso é muito difícil. O *jump* (décimo segundo camelo) é muito distante. Não é intento do trabalho trazer uma solução, contudo, senão algumas reflexões que possam fazer a reentrada no sistema. O problema é, finalmente, escapar da conclusão, respondendo à pergunta: como fazer com que o conceito designe outra coisa senão aquilo que já se sabe?

Com relação à necessidade de um regime jurídico público, essa discussão ficará para mais adiante, quando o *script* for discutido.

A distinção relativa ao interesse público aparece como indicação de uma metafísica de um conhecimento, de antemão, do que é relevante para a comunidade. Nesse sentido, trata-se de uma distinção impossível. Esta distinção pode aparecer como indicação de um processo de reflexão do que é procedimentalmente decidível como público. Mas aí o interesse público já está subsumido dentro do próprio conceito de público tratado anteriormente.

Sem bem que tenha sido afirmado que é a junção de distinções que compõem o conceito, não sendo necessário existir uma definitiva, as distinções têm de designar algo. No caso das prestações voltadas a pessoas indeterminadas (variação do princípio da impessoalidade da Administração Pública), a distinção seria, então, determinada/indeterminada. Novamente, todas as atividades da Administração Pública, como as do mercado, são voltadas a pessoas determinadas e indeterminadas. Simplesmente é assim devido aos programas. Qualquer um que pagar o preço leva uma roupa para casa; João paga, logo leva a roupa. Qualquer um pode fruir de estradas; João roda nelas. Qualquer um pode consumir energia elétrica, João consome; qualquer um que preencher os requisitos pode obter um passaporte; João preenche. Qualquer um que matar, sofrerá uma sanção; João mata e sofre uma sanção. Enfim, a distinção voltado a pessoas determinadas/indeterminadas é apenas uma questão de perspectiva.

A questão da idéia de “prestação” e de “cunho econômico” será trabalhada logo abaixo, dentro da discussão sobre as oposições possíveis.

Outra distinção interessante é a ligada aos direitos fundamentais. De fato, a satisfação da quase totalidade dos direitos fundamentais passa por serviço público³⁸². Não só aqueles cuja idéia de prestação é mais nítida, como segurança alimentar, saúde, previdência e educação, mas sim também serviços relativos à liberdade pessoal. O acesso às ideologias políticas, às eleições e à participação tocam, de algum modo ou outro, em políticas públicas e em serviços públicos. Geralmente o serviço público é ligado aos direitos fundamentais de segunda e de terceira geração – se assim conceder a conveniência do uso de tais categorias. Entretanto, os serviços públicos estão ligados a todas as gerações de Direitos. Basta imaginar o próprio direito à reunião, à associação, à segurança e à liberdade, ligados, por exemplo, a serviços públicos de segurança, normatização e educação. Assim, o conceito de serviço público também tem relevância para a construção dos direitos fundamentais. Por outro lado, também é uma distinção que aparece *dentro* do conceito de serviço público vez que outra. Parece que esta ligação com os direitos fundamentais é importante para o simbolismo do serviço público, mas não é distintiva do serviço público. Nem tudo aquilo que é responsável pela efetivação dos direitos fundamentais é serviço público, e tampouco o serviço público é responsável sozinho pelos direitos fundamentais – muito embora comumente sua existência se justifique pelo fato de servir quase que exclusivamente à materialização desses direitos. Desse modo, o aparecimento da distinção ligado aos direitos fundamentais/não ligado designa uma das manifestações dos símbolos do Direito, sem, contudo, distinguir definitivamente o serviço público. Algumas vezes, essa ligação aparece como figura de argumentação para justamente a causação do efeito contrário ao que se pretende com a colocação dos direitos fundamentais como acoplados

³⁸² Sobre a União Européia, ver AMIRANTE, Carlo. **Unões Supranacionais e Reorganização Constitucional do Estado**. São Leopoldo: Unisinos, 2003. p. 110: “Se de fato a União Européia, quase a exorcizar algumas de suas carências mais vistosas, continua a nomear comissões de especialistas que elaboram “cartas de direitos” a serem inseridas nos tratados ou, mais freqüentemente, a serem anexadas a eles, os tempos parecem cada vez mais propícios para passar das declarações de intenções as garantias jurídicas mais precisas de exercício dos direitos. nesse sentido, é inegável que “os serviços públicos são um dos meios (e, prefiro acrescentar, de caráter essencial e irrenunciável) para garantir o exercício dos direitos fundamentais”. Exatamente por isso não será certamente o processo de privatização, favorecido e “dirigido” com uma pluralidade de ações e instrumentos jurídicos e políticos da União Européia, a criar uma “integração européia” mais partícipe e legítima, se não for coloca em termos exatos a relação entre eficiência e equidade, entre um regime de mercado desonerado da sobrecarga do clientelismo e das contaminações mafiosas, mas incapaz de propor positivamente soluções adequadas às exigências e às necessidades tão imperiosas de *serviços públicos* no sul da Europa.”

operativamente com o serviço público; se o serviço público só deve lidar com os direitos fundamentais, basta entendê-los de maneira restrita para liberar para o mercado acesso aos serviços antes entendidos como direitos fundamentais.

O serviço público faz oposição *possível*, dentro da doutrina, com os conceitos de atividade econômica, utilidade pública, função pública e poder de polícia. É necessário lembrar que, a partir de uma perspectiva política, ele é um meio de efetivação das decisões vinculantes para toda a sociedade. Se se chegar ao nível de análise dos sistemas psíquicos, esse inclusive é o sentido mais socialmente generalizado: serviço público é aquilo que os poderes públicos fazem para o bem da comunidade, o que inclui multas de trânsito, extração de petróleo, educação fundamental e recolhimento de lixo. Essas distinções em função pública, utilidade pública, atividade econômica do Estado e assim por diante são distinções especificamente jurídicas – são destinadas a fazer sentido para as comunicações enlaçadas com o código do Direito. Entretanto, o modo de pensar do jurista médio, tentando vincular o conceito com alguma realidade sensível (ou supra-sensível), como observado no primeiro capítulo, torna difícil a efetivação da função de distinção do conceito de serviço público.

Afirma-se, desse modo, que o conceito de serviço público só serve para reforçar aquilo que já constitui consenso, que é serviço público, ou como figura de argumentação nos casos duvidosos. Como valor indicativo do que é serviço público, no estado atual da doutrina, o conceito muito pouco serve.

Tomem-se essas oposições mencionadas acima. Elas têm a pretensão de fazer diferenciar algo dentro do Direito. Buscam, entretanto, “fora” do Direito (heterorreferência), “dados” para gerar pontos fixos. O problema é que as unidades da diferença entre um e outro conceito são as mesmas. Poder-se-ia dizer que a observação sociológica de que essas diferenciações não fazem sentido não comprometem o Direito. Entretanto, como se quer fazer a reentrada na forma jurídica a partir dessa crítica sociológica, é possível dizer que é possível explicar tamanha confusão entre os juristas na hora de dizer o que é serviço público. Se bem que, sem dúvidas, haja a presença dos interesses, a maior parte da confusão é creditada ao modo de pensar dos juristas. É o que segue.

O serviço público é visto como distinto do poder de polícia pela doutrina. "Distingue-se a polícia administrativa do serviço público, pois o procedimento daquela é a prescrição e desse a prestação."³⁸³ O poder de polícia expressa a capacidade que a Administração Pública tem de impor restrições e condicionamentos aos particulares³⁸⁴ (e a outros entes da Administração Pública), como, por exemplo, impor normas e comportamentos relativos à segurança do trabalhador. Serviço público está conectado, ao que parece, com a idéia de prestação estatal.

Outro tipo de distinção possível que o Direito construiu é a distinção serviço público/utilidade pública³⁸⁵. A utilidade pública³⁸⁶ é uma visão notadamente estadunidense. Serviços de utilidade pública são aqueles serviços que, de algum modo, têm relevância coletiva³⁸⁷ e que, por isso, podem ser regulados pelo poder público. Não são serviços a serem prestados pelos órgãos públicos, contudo. Note-se, desse modo, que, nos termos como essa distinção está posta, ela só faz sentido se se adotar a concepção subjetiva de serviço

³⁸³ STF, RE 108.094, [http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(108094.NUME.%20OU%20108094.ACMS.\)&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(108094.NUME.%20OU%20108094.ACMS.)&base=baseAcordaos). Acessado em 01.01.2009.

³⁸⁴ É o pensamento estadunidense, por exemplo: "For it will be noted that it is in public business that the law imposes affirmative duties; while generally speaking the duties imposed upon those in private business are negative. The law says to those in public business you must do this for this applicant, and you must do it thus and so. To those in private business it says you must not do this, or if you do this you must do it thus and so." WYMAN, Bruce. **Public Service Corporations: and all others engaged in public employment**. New York: BeardBooks, 2001. pag.32.

³⁸⁵ CAVALCANTI, Themisocles Brandão. **Tratado de Direito Administrativo**. V. II. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1960. p.59: "Como processo de diferenciação desses serviços costuma-se, por exemplo, distinguir os serviços públicos e os serviços de utilidade pública [...] Essa distinção é mais comum nos Estados Unidos, onde as "public utilities" obedecem a um regime peculiar."

³⁸⁶ Public utility. **The Columbia Electronic Encyclopedia**, Sixth Edition. Retrieved February 12, 2009, from Answers.com Web site: <http://www.answers.com/topic/public-utility>. Acessado em 12 de Janeiro de 2009: "public utility, industry required by law to render adequate service in its field at reasonable prices to all who apply for it. Public utilities frequently operate as monopolies in their market. In the United States, public utilities are most commonly involved in the business of supplying consumers with water, electricity, telephone, natural gas, and other necessary services. Such an industry is said to be "affected with a public interest" and therefore subject to a degree of government regulation from which other businesses are exempt."

³⁸⁷ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos Serviços Públicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 105: "Assim, há uma fundamental distinção entre os serviços públicos europeus e latino-americanos, de um lado, e as *public utilities* norte-americanas de outro: aqueles são, em sua abordagem tradicional, atividades titularizadas pelo Estado, eventualmente delegadas a particulares, mantendo-se a titularidade e o controle/regulação estatal, enquanto essas são atividades da iniciativa privada, sobre as quais o Estado, exogenamente, impõe normas de regulação, limitando a entrada no mercado, estabelecendo padrões para a competição entre os agentes nele atuantes e fixando requisitos mínimos de qualidade e preço dos serviços para os consumidores."

público. Isso porque ambos os conceitos – utilidade pública e serviço público – são dependentes do vago conceito de relevância coletiva ou interesse público. O que diferenciaria um ou outro seria a idéia de que os serviços públicos são titularizados pelo Estado (como, aliás, afirma o art. 172 da Constituição Federal), que pode concedê-los a particulares.

Além disso, o conceito de utilidade pública, *para o Direito brasileiro*, parece perfumaria³⁸⁸. Se o conceito de utilidade pública serve para os americanos legitimarem a atuação do poder público fiscalizando preços, higiene, padrões de qualidade etc., então o conceito de poder de polícia é idêntico. A unidade da diferença é a mesma intervenção possível/intervenção impossível do Estado. A conclusão seria absurda: se é possível utilizar-se poder de polícia para todas as atividades, então tudo pode sofrer algum tipo de intervenção do Direito – até aí tudo bem – logo, se utilidade pública é tudo que pode sofrer intervenção do Direito, logo todas as atividades do Brasil, inclusive vender roupas para os juristas, é utilidade pública. Esta problemática ocorre devido aos problemas de abordagem metafísica dos juristas, como observado anteriormente.

Uma solução seria estabelecer um sistema de graus: se o Estado pode intervir muito, então seria utilidade pública; se o estado pode intervir pouco, é poder de polícia. Esta distinção torna-se inútil porque abre uma porta para a pergunta de como se medir os graus de intervenção e da decisão de qual grau é a diferença que faz a diferença.

Poder-se-ia tentar também dividir utilidade pública de poder de polícia pela idéia de que, na utilidade pública, é possível ao Estado “dirigir” (art. 174 da Constituição), enquanto no poder de polícia, só lhe é possível “fiscalizar.” Novamente, o Estado “dirige” ou “intervém” mediante programas condicionais que são, no todo, idênticos aos do poder de polícia. Que diferença há entre o Estado

³⁸⁸ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos Serviços Públicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 246-247: Assim, teríamos duas possibilidades conceituais: 1ª) reduzir a idéia de serviço público apenas às atividades, cada vez menos numerosas, que continuam sendo de titularidade estatal, e atribuir a alcunha de *public utilities* às atividades que passaram à iniciativa privada, que também poderiam ser chamadas de atividades privadas regulamentadas, atividades privadas de interesse público, atividades econômicas de interesse geral, ou outra nomenclatura que se preferir; ou 2ª) em uma outra alternativa conceitual, considerar essas atividades recentemente liberalizadas uma espécie de serviço público, lançando-se mão eventualmente da velha nomenclatura “serviços públicos impróprios” ou “virtuais.”

não deixar um curso de Direito se instalar por não cumprir os requisitos (se fosse o caso de considerar ensino utilidade pública) e não conceder licença a habilitação para um motorista inábil que não cumpriu os requisitos (poder de polícia)? De todo modo, a diferença entre poder “dirigir” e poder “fiscalizar” é a consequência do programa condicional do art. 174 da Constituição Federal, de modo que é necessário, antes, saber o “se” da norma (distinção se/então, ou então o “D” no esquema de Toulmin), sendo esses dados justamente a diferença entre poder de polícia e utilidade pública. Enfim, seria necessário saber antes o que é utilidade pública ou poder de polícia, para depois se dizer se existe incidência do planejamento estatal ou não.

Ocorre que a mesma crítica da inexistência de diferença entre utilidade pública e poder de polícia pode ser aplicada à diferença serviço público/poder de polícia, com algumas variações. De fato, a unidade da diferença entre um e outro, na visão da doutrina, seria a prestação em contrariedade à prescrição. No que toca à simbologia, têm-se os mesmos símbolos de justiça e igualdade. No que toca aos programas, idem. Por exemplo, a mesma estrutura comunicativa é utilizada tanto no poder de polícia quanto no serviço público (se passar de 80km/h > multa; se doente > serviços de saúde). Do mesmo modo, ambos exigem gastos com organização e estrutura. Prestação seria “fazer algo em benefício de” enquanto que prescrição seria “determinar certas condutas.” Ocorre que, quando o poder público, por exemplo, multa determinado cidadão por dirigir em velocidade excessiva, ele está fazendo algo em benefício da comunidade. Então serviços públicos universais e poder de polícia, pelo menos nesse aspecto, seriam a mesma coisa. Por outro lado, quando um médico em um PSF orienta determinado cidadão a higienizar sua casa para evitar doenças, está a falar de serviço público. Qual a diferença dessa comunicação para uma que diga que o cidadão deve limpar sua casa para evitar o mosquito da dengue, sob pena de multa? Nada, senão a possibilidade de imposição de uma multa. Então, poder de polícia, finalmente, multa, aplica sanções pecuniárias, enquanto o serviço público, evidentemente, não. esse é o único dado preciso da diferença. Mas de novo recai-se na petição de princípio: se uma determinada comunicação está ligada à possibilidade de aplicação de multa, trata-se de poder de polícia; se não, pode ser serviço público ou outra coisa. Ora, primeiro é necessário saber se existe

possibilidade de multa, para só depois, então, algo ser caracterizado como poder de polícia. Dessa forma, não é o poder de polícia que possibilita à Administração multar, mas sim o fato de que, quando a Administração pode multar, isso vai ser chamado de poder de polícia. Trata-se de um mero adjetivo à comunicação do sistema; o poder de polícia não tem, portanto, nenhuma característica distintiva outra senão essa. Parece ser muito difícil estabelecer diferença de conteúdos, pois, entre aquilo que é serviço público e o que é poder de polícia.

Diz-se que é necessário diferenciar poder de polícia de serviço público para se indicar, de maneira mais precisa, o regime jurídico. Ocorre que, em termos gerais, o regime jurídico é o mesmo: é necessário eficiência, igualdade, impessoalidade, etc. Se se descer a mais detalhe que isso, chega-se aos regimes jurídicos específicos de cada atividade, como poder de polícia de trânsito, de vigilância sanitária, serviços públicos de saúde, de educação, de distribuição de água, de esgoto, e assim por diante. Enfim, não é necessária essa diferença porque as diferenças de regime jurídico não são relevantes. Esta diferença entre poder de polícia e serviço público existe apenas para indicar de, antemão, que existe a possibilidade de aplicação de multa.

Dentro dessa problemática, uma reflexão possível, animada pela idéia de regulação e privatização, seria justamente esta: regular o serviço público é serviço público? É uma atividade em prol da comunidade, sem dúvidas. Talvez seja, também passível de provocação no Judiciário (quando não há regulação alguma). A doutrina estabelece que a regulação é uma variante do poder regulamentar da Administração Pública. Enquanto o poder regulamentar cria normas, o serviço público consubstancia-se, no final das contas, em prestações, como atender a alguém no visto médico ou filtrar o esgoto para devolvê-lo ao rio. Poderia ser essa uma diferença entre o poder regulamentar(dor) e o serviço público? No final das contas, tanto um quanto outro – aliás, qualquer norma jurídica – podem se utilizar do poder e, finalmente, da institucionalização em forma de violência. Sistemas biológicos e demais elementos do ambiente da sociedade podem ser manipulados fisicamente se existirem atores disvistos a tanto. Esta disposição pode advir de um exercício do poder que se traduz, juridicamente, tanto na forma poder regulamentar quanto na forma serviço público. Então, a diferença residiria em uma relação direta/indireta com a possibilidade de manipulação do ambiente a

partir de acoplamentos estruturais comunicação > sistema psíquico > sistemas biológicos > ambiente físico. O serviço público lida com comunicações diretamente aptas a uma intervenção no ambiente não-comunicativo do Direito. O serviço público, como prestação que é, significa a comunicação, motiva uma abordagem no mundo, como recolher o lixo ou distribuir a água. Isso vale mesmo para atividades como a educação, pois é necessário organizar fisicamente as escolas e agentes. Já a atividade regulamentar é, em primeiro plano, a geração de expectativas normativas, que só se frustradas poderão ser institucionalizadas e sofrerem coerção física. Seria uma distinção acesso direto/indireto ao ambiente.

Essa distinção, portanto, faz algum sentido. De todo modo, tal diferença não reduz a arbitrariedade, visto que é necessário estabelecer os critérios de intervenção direta/indireta no ambiente. Não é necessário ir além disso.

A distinção função pública³⁸⁹/serviço público também é anêmica. Por função pública, entende-se toda aquela atividade pública que não seja serviço público. É uma maneira de enlaçar, por exemplo, a atividade legislativa como algo que não é serviço público, nem poder de polícia, com o Direito. Se algo não é serviço público, nem poder de polícia, e se o conceito de utilidade pública é despidendo para o Direito brasileiro, então, o que não se situar confortavelmente nas categorias *terá* de ter um nome. Novamente, a sanha em vincular comunicações com naturezas jurídicas. Torna-se insuportável para os juristas algo não ter uma vinculação a uma natureza jurídica. Nesse caso, o que sobra vira função pública, que é justamente o exercício de uma atividade pública que não é aquelas outras comunicações. O problema é a irrelevância dessa vinculação: é apenas um rótulo. Ao contrário do serviço público, que, efetivamente, gera (ou pode gerar) conseqüências jurídicas, mesmo que talvez capengas, dizer que algo é função pública não traz nada de novo, ou seja, nada

³⁸⁹ GIANNINI, Massimo Severo. **Istituzioni di Diritto Amministrativo**. Milano: Giuffrè, 2000. p. 593: Di quanto si è esvisto, risulta che sai le nozioni di pubblica funzione in senso enfático che quella di pubblico servizio non sono nozioni dogmatiche, ma classificatorie, onde si spiega la commistione che tanto volte ne opera la normativa positiva [...]L'idea una volta diffusa, che per le funzioni pubbliche (in senso enfático) vi fosse un principio di riserva (di esclusiva, secondo altri) a favore dello Stato e dei pubblici potere in genere, non serve tanto a distinguere tra funzione e servizio, ma serve a spiegare perché per affidare a privati pubbliche funzioni occorre la legge (p. es. notai), o un provvedimento amministrativo di concessione o di autorizzazione costitutiva (p. es. imprese private di vigilanza, di investigazione); in fatto la normazione positiva ha ormai superato tale costrutto, avendo introdotto autorizzazioni e concessioni a favore di privati anche per attività che sono pubblici servizi [...].”

que não possa ser realizado a partir do serviço público, do poder de polícia ou da atividade normativa dos poderes públicos. Se se diz, por exemplo, que a atividade notarial é função pública e não serviço público, para fins de escapar do princípio da modificidade ou das regras de licitação, mas que, por outro lado, essa mesma atividade pode sofrer certa fiscalização *porque* é função pública, nada mais se está a dizer do que isto: essa atividade pode sofrer normatização e fiscalização como qualquer outra através do poder de polícia, mesmo que não seja “pública.” No máximo, pode-se atribuir à função pública um valor simbólico de ligação com o público – ou tomar função pública como sinônimo “jurídico” de público. Distinguir que é bom, não serve.

Resta a oposição atividade econômica e serviço público. É possível derrubar essa diferença sem fazer menção à atividade econômica “em geral” e atividade econômica “do Estado.” O argumento é o mesmo. Antes é necessário revisar alguns fundamentos dessa diferença.

Trata-se de uma (pretensa) diferença que merece atenção porque a Constituição brasileira a insinua, apontando que o Estado brasileiro ora exerce serviços públicos, ora exerce atividade econômica, e que essa atividade econômica exercida pelo Estado deve interferir na atividade econômica “geral” só quando relevante aos imperativos nacionais. Note-se que a menção aos serviços públicos na Constituição de 1988 aparece dentro do capítulo relativo à ordem econômica, de modo que são necessários alguns malabarismos interpretativos. Uma das construções mais importantes é a de Eros Grau, que cria uma ordem econômica geral³⁹⁰, a qual se divide em serviço público e em atividade econômica.

Em outros termos, teremos que intervenção conota atuação estatal no campo da atividade econômica em sentido estrito; atuação estatal, ação do Estado no campo da atividade

³⁹⁰ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 60: “Ainda que se oponha à ordem jurídica a ordem econômica, a última expressão é usada para referir uma parcela da ordem jurídica. Esta, então – tomada como sistema de princípios e regras jurídicas – compreenderia uma ordem pública, uma ordem privada, uma ordem econômica, uma ordem social”. Também p.94: “Em outros termos, teremos que intervenção conota atuação estatal no campo da atividade econômica em sentido estrito; atuação estatal, ação do Estado no campo da atividade econômica em sentido amplo. Isso nos remete ao tema da distinção que aparta o campo dos serviços públicos do campo da atividade econômica em sentido estrito.”

econômica em sentido amplo. Isso nos remete ao tema da distinção que aparta o campo dos serviços públicos do campo da atividade econômica em sentido estrito³⁹¹.

De todo modo, na doutrina jurídica, usualmente aparece uma divisão entre atividade econômica e serviço público, partindo-se de uma idéia de que existe um espaço definido de atividade econômica onde o Estado só poderá adentrar nos casos de relevância nacional.

É muito comum, inclusive, caracterizar a onda neoliberal como “retorno” (pressupondo uma essência de lugares a partir da qual “naturalmente” está a atividade econômica e a atividade pública) de determinadas atividades à sociedade (mercado?), ou então na formação de um equilíbrio³⁹², ante os “excessos” do Estado de bem-estar.

A crítica aqui construída já foi elaborada por Celso Antônio Badeira de Mello, porém ela será reconstruída a partir dos termos da teoria sistêmica:

Uma vez que todo e qualquer serviço, aí incluídos os públicos, é suscetível de gerar proveitos econômicos (“exploração econômica”) – pois, evidentemente, se não o fosse, não haveria sequer como outorgá-lo em concessão – já se vê que não haveria como apartar “atividade econômica” de serviço público tomando como base esta aptidão para gerar lucros, proveito econômico. Sem embargo, a distinção constitucional proposta é entre atividade econômica e serviços públicos.³⁹³

O mesmo doutrinador segue discorrendo que, para se saber o que é econômico, ou não, é preciso recorrer a uma concepção geral da sociedade³⁹⁴.

³⁹¹ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p.94. Também p. 105: “Insista-se em que atividade econômica em sentido amplo é território dividido em dois campos: o do serviço público e o da atividade econômica em sentido estrito. As hipóteses indicadas no art. 173 do texto constitucional são aquelas nas quais é permitida a atuação da União, dos Estados-membros e dos Municípios nesse segundo campo.”

³⁹² TÁCITO, Caio. “O retorno do pêndulo: serviço público e empresa privada. O exemplo brasileiro”. **Revista de Direito Administrativo**. São Paulo: Renovar, 1995. out/dez, nº 202. p.18: “A abertura da economia e a relativa retirada da presença do Estado na prestação de serviços econômicos é uma das manifestações dessa dança do pêndulo entre extremos em busca do equilíbrio estável da perfeição.”

³⁹³ MELLO, Celso Antônio Badeira de. Privatização e serviços públicos. **Revista Trimestral de Direito Público**. São Paulo: Malheiros, 1998. n. 22. p.174.

³⁹⁴ MELLO, Celso Antônio Badeira de. Privatização e serviços públicos. **Revista Trimestral de Direito Público**. São Paulo: Malheiros, 1998. n. 22. p.175: “Assim, não há outro meio de

A confusão da doutrina – e quem sabe da própria Constituição, que errou ao não definir as situações de maneira expressa, a despeito de seu tamanho – baseia-se na possibilidade de que a Economia (ou a sociedade, no caso de Celso Antônio) possa “emprestar” (sob a forma de prestação sistêmica) ao Direito o conceito daquilo que pode estar no comércio e que pode dar lucro e aquilo que é serviço público. Novamente, o recurso a uma metafísica das essências: acredita-se em conteúdos que desde já sempre indicaram o que é próprio das atividades industriais e comerciais, e o que não é. Ocorre que simplesmente o sistema econômico não pode dar essa resposta ao Direito. Isso porque, na perspectiva do sistema econômico, *tudo* se rege pela lógica do custo/lucro/escassez. Não faz sentido para o sistema econômico essa pergunta do que deve estar fora do comércio porque qualquer comunicação pode estar enlaçada com seu código, ter seu preço a partir de sua escassez ou não. Precisamente quem tem de dizer o que não é comércio ou indústria, mas sim serviço público, é o Direito, pois é esse o responsável por criar as expectativas contrafáticas (aquilo que não pode ser vendido ou ter preço, apesar das decepções). Então, em realidade, o sistema econômico espera prestação do sistema jurídico, e não o contrário. É precisamente essa transferência de uma responsabilidade impossível de ser intercambiada que faz com que não seja possível distinguir serviço público de atividade econômica. Os juristas esperam obter na Economia uma resposta, traduzindo-a para o Direito; nunca conseguem uma convincente, precisamente porque ela é impossível. Simplesmente tudo poderia ser atividade econômica

reconhecer o que é atividade econômica e conseqüentemente, de identificar limites à criação de serviços públicos, senão recorrendo à “concepção geral da Sociedade”, em dado tempo, sobre quais atividades nela havidas como meramente econômicas, próprias então dos particulares, em oposição àquelas outras igualmente tidas, pelo mesmo critério, como típicas de Estado. [...] Nada há de surpreendente em tal fluidez ou em tal recurso às “concepções da Sociedade”. Se bem observarmos, esse é fenômeno corrente e moente em Direito; absolutamente comum e inafastável. Toda vez que as normas jurídicas falam em moralidade pública, em segurança pública, em ordem pública, em tranqüilidade pública, em urgência – para tomarmos apenas noções das mais correntes –, o sentido delas é sempre dado pela concepção social vigente, já que, em si mesmas, não trazem consigo precisão significativa bastante para delimitação de contornos rígidos, objetivamente determináveis, em um grande número de casos, para não se falar em sua variabilidade no tempo e no espaço. [...] Pode-se, então, dizer que esta que foi indicada – e nenhuma outra – é a forma de se separar atividade econômica de serviço público, repudiando-se formalmente o critério absurdo, por visceralmente inconsistente, como visso, de identificar atividade econômica como sendo aquela que produz lucros ou que enseja sua produção. Essas averbações que se vêm de fazer sobre o *discrimen* em causa também demonstram outra coisa: o despropósito de se falar em “serviços públicos econômicos” para referir a exploração de atividade econômica quando feita pelo Estado, pois isso implicaria colocar sob um mesmo rótulo atividades sujeitas a regimes jurídicos distintos – o de serviço público e o de exploração de atividade econômica –, retirando, então, qualquer préstimo jurídico ao conceito de serviço público, além de borrar a antítese terminológica indicada pela própria Constituição.”

porque tudo poderia se enlaçar com o código ter/não ter. Daí a facilidade com que se operou a transferência conceitual de determinados serviços, antes entendidos como públicos, para a órbita das atividades econômicas no processo neoliberal. Como os conceitos são fracos em realizar sua distinção, são facilmente abandonados. Quase se tornam uma expectativa cognitiva ao invés de normativa.

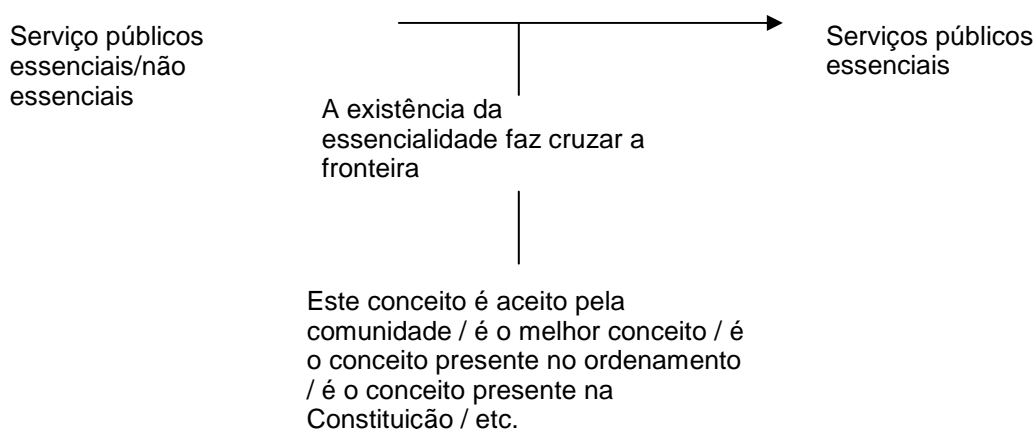
Quem tem de assumir essa responsabilidade é o Direito, a partir de seus programas condicionais. O Direito, sob a forma de uma prestação sistêmica, tem de dizer à Economia que esta assimile, sob seus parâmetros, aquilo que não pode ser atividade econômica. Falar-se em atividade econômica, *dentro do Direito*, é gerar uma distinção que não tem uma unidade da diferença para ser cruzada. No máximo, faz uma remissão ao sistema econômico, mas que não apresenta retorno. Por isso que, novamente, a oposição serviço público/atividade econômica não serve para o esclarecimento do serviço público simplesmente porque seu outro lado, a atividade econômica, não gera sentido. Esclareça-se que, ao se dizer que o Direito tem de definir o que é atividade econômica, está-se dizendo que, na verdade, o Direito tem de *decidir* o que é atividade econômica. Como o sistema está estruturado para só resolver casos e postergar esse tipo de discussão conceitual, fica-se envolto nessa névoa de permanente indefinição. Uma reflexão que não seria possível fazer nesse trabalho, por motivos de cognição do autor, tempo e espaço, seria se essa indefinição é vantajosa ou não para o Direito e para a sociedade (até porque seria necessária a criação de critérios de bom para o Direito e de bom para a sociedade).

Terminando esta parte da argumentação, não se define serviço público como aquilo que, quando cedido a particulares, o é mediante concessão ou permissão, e utilidade pública ou algo parecido, quando basta uma mera autorização. Isso porque, novamente, é necessária uma operação de verificação do conceito de serviço público para se saber se algo deve ser delegado mediante concessão ou permissão. Além disso, a problemática é muito mais profunda: pode-se muito bem perceber algo como serviço público (como os serviços de educação), mesmo que exista uma mera autorização administrativa (com a palavra “autorização” aparecendo expressamente na lei). Isto porque o conceito de serviço público é uma expectativa normativa e, como tal, pode assimilar a decepção de que alguns serviços públicos são autorizados; pode observar o

referido como exceção, ou mesmo modificar a noção de serviço público como aquilo que admite também a autorização.

Tão importante quanto o conceito de serviço público são as categorias, isso é, as relações espécie-gênero. As categorias nada mais são do que outros conceitos. Tudo o que se falou sobre conceitos se aplica às categorias, com duas peculiaridades: a espécie possui uma ou mais distinções internas a mais, o que a torna singular, e um acoplamento operativo com o conceito originário.

Se se utilizar a lógica da argumentação de Toulmin, tem-se o seguinte resultado para as categorias:



As relações de gênero e espécie se movimentam em uma lógica de acréscimo de distinções. Acrescem-se distinções ao conceito originário e tem-se um novo conceito. esse novo conceito deve sofrer os mesmos processos de consolidação e legitimação que foram abordados nesse trabalho.

Desse modo, existem relações operativas entre o gênero e a espécie. Muito embora a espécie possua uma unidade, esta unidade está na dependência da existência do gênero. A espécie também se legitima, indiretamente, pelo gênero.

Este trabalho, portanto, vai em um sentido diametralmente oposto ao do senso comum da dogmática. A dogmática imagina descobrir “traços comuns”,

diferentes “fenômenos” ou “essências”, para daí agrupá-los sobre um nome qualquer. Se bem que se admita que, como qualquer coisa, uma espécie de serviço público tenha sua identidade própria, a hipótese que aqui se defende é a de que a espécie nada mais é que as mesmas distinções que compõem o gênero, só que com algumas distinções a mais.

Não há muito mais a se falar – em termos de abordagem teórica – sobre as relações gênero-espécie, uma vez que, em sendo definições, tudo o que se fundamentar nesse trabalho acerca dos conceitos terá aplicação, exceto pelas peculiaridades apontadas acima.

Dentro dessa temática, a doutrina costuma fazer uma diferença entre os serviços públicos *uti universi*, quais sejam, polícia, forças armadas, justiça e relações exteriores, e serviços *uti singuli*, que são os serviços públicos mais suscetíveis de divisão, como saúde, educação, etc.³⁹⁵. Os primeiros são típicos da formação do Estado. Os segundos aparecem com a paulatina assunção de maiores tarefas na transição do século XIX para o XX.

Outro tipo de construção refere-se aos serviços públicos essenciais ou não essenciais. Os essenciais teriam um regime jurídico especial e não poderiam sofrer interrupções – nem por greve, por exemplo. Serviço público compreenderia uma série de atividades importantes para uma dada comunidade, mas uma delas seriam mais importantes que outras.

O ministro Carlos Velloso, a partir da classificação exposta por Moreira Alves, desenvolveu uma classificação de serviços públicos.

1) Serviços públicos propriamente estatais, em cuja prestação o Estado atue no exercício de sua soberania, visualizada esta sob o ponto de vista interno e externo: esses serviços são indelegáveis, porque somente o Estado pode prestá-los. São remunerados, por isso mesmo, mediante taxa, mas o particular pode, de regra, optar por sua utilização ou não. Exemplo: o serviço judiciário, o de emissão de passaportes. [...] não sendo possível a cobrança pela mera potencialidade de sua utilização. [...] 2) Serviços públicos essenciais ao interesse público: são serviços prestados no interesse da comunidade. São remunerados mediante taxa. E porque são essenciais ao interesse público, porque essenciais à comunidade ou

³⁹⁵ FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Direito Administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 694.

à coletividade, a taxa incidirá sobre a utilização efetiva ou potencial do serviço. É necessário que a lei – para cuja edição será observado o princípio da razoabilidade, mesmo porque, como bem lembrou o Ministro Moreira Alves, citando Jèze, a noção de serviços essenciais é de certo modo relativa, porque varia de Estado para Estado e época (RTJ 98/238) – estabeleça a cobrança sobre a prestação potencial, ou admita essa cobrança por razão de interesse público. Como exemplo, podemos mencionar o serviço de distribuição de água, de coleta de lixo, de esgoto, de sepultamento. [...] 3) Serviços públicos não essenciais e que, não utilizados, disso não resulta dano ou prejuízo para a comunidade ou para o interesse público. Esses serviços são, de regra, delegáveis, vale dizer, podem ser concedidos e podem ser remunerados mediante preço público. Exemplo: o serviço postal, os serviços telefônicos, telegráficos, de distribuição de energia elétrica, de gás, etc.”³⁹⁶

O ministro Nelson Jobim, no mesmo julgado, estabeleceu uma espécie de subclassificação:

serviços públicos essenciais ao interesse público" e os "serviços públicos não essenciais." Como subcategoria integraria o gênero "serviços públicos essenciais ao interesse público" e teria as seguintes características: (a) é essencial ao interesse público, porque a Constituição assim determinou (art. 21, XII, f); (b) é remunerável somente pela sua utilização efetiva; (c) não se pode recorrer a terceiros para a realização dos serviços. A diferença desse subgrupo está em que a remuneração depende de utilização efetiva. No outro subgrupo, a remuneração se vincula à utilização efetiva ou potencial”³⁹⁷.

Ao mesmo tempo em que as empresas públicas possuem um regime jurídico de direito público, a teor do art. 173, § 1º, da CF, o STF vem entendendo que caso elas prestem serviços públicos, terão direito à impenhorabilidade de seus bens e rendas, bem como isenção de impostos, à semelhança das autarquias. É o caso, por exemplo, da INFRAERO e dos CORREIOS. São empresas estatais que deveriam reger-se pelas normas de direito privado, mas que – talvez com razão –, diante do relevante serviço público que prestam, possuem certos privilégios que só a Administração Pública regida pelo Direito Público apresenta.

³⁹⁶

ADIn 447,
<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=447&processo=447>
 ; Acessado em 01.12.2008.

³⁹⁷

RE 218.061,
[tp://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=50815&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20RE%20/%20218061%20-%20ED](http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=50815&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20RE%20/%20218061%20-%20ED)). Acessado em 01.12.2008.

Existe, desse modo, na visão do STF, a idéia de serviço público não privativo, prestado por outras entidades, que não uma pública ou ligada ao Estado.

Não é necessário descer a maiores detalhes sobre essa problemática, uma vez que não é esse o objetivo do trabalho.

Todas essas distinções (essencial, não essencial, *uti singuli*, *uti universii*, etc.), novamente, pressupõem um mundo de essências independente das descrições dos sistemas. Seu valor de asinação é arbitrário – todas as palavras o são – e *também* autoritário porque baseadas em comunicações que, como diz Luhmann, não foram examinadas. O *jump* é por demais exacerbado, não há continuidade argumentativa, como trabalhado no capítulo anterior. Que autoriza alguém a dizer que determinados serviços são “essenciais” e outros não, ou que determinados serviços são “próprios” do Estado e outros “impróprios”? Só uma comunicação que, ela mesma, não está baseada em nada.

A Constituição inova ao estatuir princípios e regras garantidoras dos direitos fundamentais. Por óbvio, se vale da linguagem tradicional do Direito –, senão a comunicação não seria possível. Tenta-se agregar distinções novas a partir da Constituição, mas, como os signos utilizados – como o serviço público – compreendem os vícios da tradição, inclusive os problemas de vagueza do que é serviço público, fica muito difícil compreender-se a Constituição.

Daí por que esse trabalho defende que, junto com o princípio da continuidade argumentativa/comunicativa, também é necessário mais democracia, não só na criação de normas e na execução do serviço público, mas também na *definição* do que é serviço público. Claro que não se pretende fazer um referendo toda vez que se tiver que definir algo, mas a arbitrariedade e a violência simbólica podem ser diminuídas se a Constituição tomar uma posição mais expressa³⁹⁸ e o meio científico-doutrinário do Direito deixar de ser um

³⁹⁸ ALVARENGA, José Eduardo de. O serviço público. CARDOZO, José Eduardo Martins, et al (Orgs.) **Curso de Direito Administrativo** Econômico. São Paulo: Malheiros, 2006. p.333: “Entendemos que, justamente por ser a definição de *serviço público* sempre sujeita a variações conforme o tempo e lugar e, por outro lado, o regime jurídico ser o de Direito Público (portanto, objeto de prerrogativas e privilégios diversos do Direito comum), só poderá haver segurança jurídica se cada um dos serviços for previamente definido como tal. Através, evidentemente, do

monastério dos sábios, regido por uma lógica de razão instrumental, para ser um lugar de debate franco, aberto e não-metafísico, regido pela razão comunicativa.

Retomando o que foi abordado nesse capítulo:

1. O sistema jurídico está constantemente oscilando e selecionando. Para observar o estado atual do sistema, é necessário, contudo, o conceito de reestabilização, ou seja, quando o sistema fica estável após uma seleção. Com a reestabilização, é possível marcar episódios e, assim, observar o sistema em seu estado atual, como ele opera. Se a oscilação é o pai da cognição, a mãe é a seleção.

2. O sistema, quando estável, pode ser observado em sua estrutura, que se traduz em uma memória do sistema. A memória é uma operação realizada no presente, mas que se reporta ao passado. A partir da função da memória, reduz-se a complexidade, haja vista que se fixa algo pela recordação, mas, por outro lado, esquecem-se de todas as outras. Memória e esquecimento andam juntos. Os sistemas possuem certos mecanismos comunicativos de criação de memória, entre eles, os conceitos.

3. Com os conceitos, o sistema pode preservar distinções e experiências. O uso dos conceitos como memória faz com que esses se consolidem cada vez mais. Quanto mais consolidado o conceito fica, mais seguro é seu uso. Relevar notar que outra constatação é a de que se omitem as circunstâncias que levaram à criação desse ou daquele conteúdo do conceito. Desse modo, o sistema é simplificado pelas operações do conceito não só por que ele agrega distinções, mas também porque ele abstrai as discussões que levaram à sua seleção e consolidação.

4. Se o sistema perde dados, por um lado, por outro, o processo de criação do conceito pode, em determinadas circunstâncias, ser chamado como subsídio argumentativo para levar a um ou outro lado. Desse modo, nem toda a complexidade está perdida; seu manejo depende da ocasião.

único instrumento capaz de gerar essa definição, que é a lei. Melhor ainda: a própria Constituição, que é a Lei Maior.”

5. Igualmente, o conceito, enquanto consolidação de decisões passadas, dá segurança. Sabe-se que as distinções escolhidas são arbitrárias, entretanto essas distinções, justamente porque consolidadas na memória do sistema, aparecem como fundamentadas e, assim, aliviam a insegurança da arbitrariedade.

6. Problema fundamental é o de quando a *memory function* é acionada, isso é, quando é caso de se enlaçar a comunicação serviço público com qualquer outra. A memória do sistema guarda critérios de como realizar os acoplamentos operativos entre o conceito de serviço público e uma outra comunicação que, eventualmente, seja observada como serviço público. É um problema análogo ao dos programas condicionais: se determinadas distinções = serviço público, sendo o próprio conceito de serviço público a transição de um a outro.

7. As teorias sobre o Direito transferem as inconsistências e arbitrariedades para as teorias. Desse modo, o problema pode não estar no conceito, mas sim na maneira de observar o Direito através de suas próprias teorias (métodos de interpretação, integração, lacunas do Direito, etc.). Com isso, consegue-se operacionalizar o conceito a despeito de seus problemas e, a partir daí, remeter as discussões para o nível das teorias.

8. A memória do sistema se consolida, também, a partir da articulação do conceito de serviço público com teorias acerca da Administração Pública e do Direito. O conceito de serviço público passa a ser visso como vinculado a um determinado paradigma. Diminui-se um pouco a arbitrariedade a partir dessa vinculação com o paradigma, muito embora com essa ligação, o conceito passe a depender também da arbitrariedade do próprio paradigma. Um exemplo seria a crescente vertente de concepções de serviço público do “Estado Democrático de Direito.”

9. Um outro tipo de observação possível é o que ocorre a partir da distinção expectativas cognitivas/normativas. O Direito estrutura-se a partir de expectativas. essas expectativas, é claro, podem ou não se realizar. A maneira como se enfrentam as decepções com a não-satisfação das expectativas é que determina se uma expectativa é normativa ou cognitiva. Se a expectativa se

mantém (através de sua institucionalização), trata-se de uma expectativa normativa; se se aprende através da frustração, trata-se de uma expectativa cognitiva.

10. O conceito de serviço público pode ser observado, também, a partir desse esquema. Apesar de, evidentemente, esse conceito não ser uma norma, trata-se de uma expectativa que se mantém na recalcitrância. Mantém-se porque está institucionalizado; se bem que haja uma peculiaridade: o abandono do conceito é mais fácil do que o de uma norma. Enquanto uma norma só deixará de ser aplicada se a institucionalização a abandonar por motivos extremamente fortes, o conceito será abandonado quando não mais servir. O fato de o conceito ser abandonado de maneira mais fácil que a norma não significa que seja uma expectativa cognitiva: é apenas a consequência das diferenças de percepção do sistema perante a norma e o conceito.

11. As distinções que compõem o conceito, bem como as oposições, assim como as relações de gênero e espécie do conceito de serviço público estão baseadas – como qualquer operação do sistema – em comunicações que se ligam a outras comunicações. A arbitrariedade não se dilui, contudo, dada a ingenuidade como é abordado o serviço público, sempre buscando remissões em “realidades” ou “essências.” O problema disso é que a função de distinção do conceito fica fragilizada. Defende-se, como solução, maior democracia na criação dos conceitos jurídicos, o que significa tomadas de posição expressas na legislação e uma esfera público-jurídica mais crítica e aberta à comunicação.

O próximo capítulo versa sobre uma das funções do conceito de serviço público, que é precisamente a vinculação do serviço público com os símbolos do sistema jurídico.

5 FUNÇÃO SIMBÓLICA: de como o conceito de serviço público serve de ligação aos símbolos do sistema

O conceito de serviço público também possui uma função simbólica. Por função simbólica, entende-se a atribuição de valores que circulam nos sistemas pertinentes ao conceito de serviço público. Existem diversas observações possíveis de serem feitas a partir dessa perspectiva. Todas essas observações estão ligadas e aparecem, no sistema, como unidade.

A evolução dos sistemas legou valores que, diante dos critérios do sistema, parecem-lhe importantes, ou seja, dignos de reconhecimento e desenvolvimento. No caso do Direito, os símbolos são os símbolos da justiça e da igualdade.

A idéia de símbolo é a descrição de um modo de atuar do sistema, não é só uma representação:

Un símbolo no es solo um signo – como por ejemplo uma palabra. Un símbolo no sólo designa la unidad, sino que la efectúa. La paradoja subyacente se oculta en lugares exactos. Por eso, los símbolos de ningún modo pueden reemplazarse por conceptos, pues llevaría a una contradicción en el concepto³⁹⁹.

É difícil descrever o simbólico mediante conceitos. isso não significa que os conceitos não possam se ligar com o simbólico. De fato, o serviço público evoluiu com uma profunda ligação com os símbolos da validade, justiça e da igualdade.

O conceito de serviço público foi objeto dos maiores cuidados dogmáticos. É um conceito importante para o Direito Administrativo. O desenvolvimento dessa dogmática não resolve o problema do conceito como uno, uma vez que a própria função do conceito é assimilar a pluralidade. Entretanto, uma vez que cada

³⁹⁹ LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. México: Herder, 2007. p.181.

conceito diferenciado de serviço está enraizado em razões jurídicas, está vinculado com a validade e, portanto, com um movimento do sistema.

Esse conceito tem a pretensão de ser aplicável a toda situação idêntica. Mesmo que os regimes jurídicos sejam quase ou completamente diferenciados para cada serviço público, a igualdade aparece no fato de que todos os serviços públicos possíveis têm, vez que outra, traços semelhantes, e isso imporá as mesmas decisões jurídicas. A existência de diferentes regimes jurídicos não elide o simbolismo da igualdade porque cada serviço público é observado como peculiar, de modo que as recalcitrâncias às regras gerais justificam-se como sensibilidade à situação.

A primeira relação é a vinculação do *conceito* de serviço público aos símbolos do Direito. Isso significa dizer no que o conceito de serviço público participa na formação, estabilização e operação dos símbolos do Direito.

Não é demais lembrar que já foi observado que uma das funções do conceito é justamente a de possibilitar a observação do serviço público. Se bem que, para uma observação sofisticada (de terceiro grau), não seja a mesma coisa, para o Direito, observar o serviço público e seu conceito significa a mesma coisa. Ocorre, contudo, que a unidade da diferença do serviço público só se torna operativa com o auxílio do conceito de serviço público. É esse conceito que determina o que é /não é serviço público. Isto significa dizer que os valores atribuíveis ao serviço público, em realidade, são atribuíveis ao conceito de serviço público.

Entretanto, o conceito de serviço público tem um tipo de acoplamento operativo com os símbolos do sistema em específico, que é justamente o da igualdade. Significa dizer que tudo o que for observado como serviço público, estará contemplado no conceito de serviço público. Esse conceito trata as comunicações observadas como serviço público de igual maneira. Do mesmo modo, espera-se que ele provoque redundância, isso é, seja justo, coerente com as demais operações do sistema.

Por outro lado, o serviço público engata-se com os símbolos do sistema. Pretende-se que esse serviço trate todos os cidadãos de igual maneira, ou que os diferencie conforme algum dado que pareça justo ao Direito. Espera-se, também, que o próprio serviço público opere formando redundância no sistema, enlaçando-se com esse.

Todas essas quatro operações acima fazem parte dos símbolos do Direito. O serviço público reforça e, ao mesmo tempo, nutre-se do sistema nesse sentido. Adiante, a observação dessa problemática a partir da validade do Direito.

5.1 Validez do Direito

Os símbolos do Direito representam unidades que representam a própria recursividade do sistema. Um desses símbolos é a validade. Descrita a partir de variadas formas, inclusive como legitimidade, encontra, em Luhmann, uma descrição das mais cruas:

[...] la validez es un símbolo sin valor intrínseco [...] “Validez” significa, de nuevo como el dinero, únicamente la aceptación de la comunicación, únicamente la autopoiesis de las comunicaciones del sistema jurídico⁴⁰⁰.

O símbolo “validade” significa aceitação da comunicação. É um valor a partir do qual o sistema pode atribuir a estruturas e demais operações um caráter de pertencimento. O comportamento típico do jurista é conforme esta tese: presume-se válida uma norma que já pertence ao ordenamento (argumento circular do trilema). Desse modo, se uma comunicação recai do lado de dentro do Direito/não-direito, ela será válida. Dada a grande pluralidade de conteúdos das normas e meios de se construí-las, não é possível criar um critério de validade, senão o próprio pertencimento de uma norma ao Direito. A forma da validade permite que as operações sejam vistas, precisamente, como válidas. O outro lado da forma da validade permite que, mediante operações adicionais, tais como as

⁴⁰⁰ LUHMANN, Niklas. **El Derecho de la sociedad**. Universidad Iberoamericana: México, 2002. p.155.

de inconstitucionalidade, ilegalidade, etc., se diga que uma determinada norma não é válida.

A validade é fundamental para uma função: dar unidade ao sistema. É precisamente um elemento que unifica o sistema diante da complexidade de expectativas e opções⁴⁰¹. Se uma norma foi feita e é percebida como tendo seguido o Direito, adquire o valor da validez. Este valor, em si mesmo, é vazio. Quem vai determinar se uma norma é constitucional ou não será a norma constitucional, e não a validez:

La validez es sólo la forma en la que las operaciones hacen referencia a su participación en el sistema, ya que están adjudicadas al contexto de otras operaciones del mismo sistema desde el momento en que lo reproducen. La validez es la forma en la que se participa de la unidad del sistema⁴⁰².

A validez tampouco melindra criação de novas normas no Direito⁴⁰³. Ela aparece junto com os símbolos da justiça e da igualdade. Precisamente, permite o enlace com o sistema, formando a possibilidade de enlace e memória do sistema. Nesse sentido, tem uma característica operacional maior do que a da igualdade e justiça, que aparecem como autodescrições do sistema⁴⁰⁴. Mesmo a validez pode ser vista de maneira idealizada, como autodescrição do sistema, como se verá abaixo com Habermas.

⁴⁰¹ LUHMANN, Niklas. **El Derecho de la sociedad**. Universidad Iberoamericana: México, 2002. p.154: Igual que otros sistemas que se encargan de una función, también el sistema jurídico, en la alternancia de sus operaciones, dispone de un símbolo con el que genera la unidad del sistema.

⁴⁰² LUHMANN, Niklas. **El Derecho de la sociedad**. Universidad Iberoamericana: México, 2002. p.159.

⁴⁰³ LUHMANN, Niklas. **El Derecho de la sociedad**. Universidad Iberoamericana: México, 2002. p.160: [...] el sistema jurídico puede modificar aquello que tiene validez, sin violar su propia norma. En todo caso, la modificación del derecho no se bloquea sólo por la pretensión de validez del derecho, son por la normatividad del procedimiento que regula y limita cómo se puede generar la validez jurídica

⁴⁰⁴ LUHMANN, Niklas. **El Derecho de la sociedad**. Universidad Iberoamericana: México, 2002. p.278-279: [...] el sistema jurídico no tiene por qué desistir de la idea de justicia. Lo que se tiene que reconsiderar es tan sólo la ubicación teórica de esta idea. Se trata, y por ello esta introducción tan puntualizada sobre el tema, de una representación de la unidad del sistema en el sistema. Mientras que el caso de la "validez" se entiende ésta como un símbolo que circula en el sistema y que enlaza operaciones al mantener en el recuerdo los resultados de las operaciones para una reutilización recurrente, en el caso de la justicia se trata de una autoobservación y autodescripción del sistema. Mientras que en el plano del código binario, la autoobservación y la autodescripción derivan en una paradoja (porque si no el código tendría que afirmar la identidad de derecho y no-derecho), quedaría por ver si en el plano de los programas del sistema no pudiera existir una proyección de unidad: un programa para todos los programas."

A validade é um símbolo que circula de operação em operação do sistema⁴⁰⁵. Cada operação reforça e é reforçada pela idéia de validade:

Traduzindo esta conceituação para uma linguagem sistêmica, a validade normativa corresponde então à clausura do sistema jurídico, e a disposição cognitiva para conhecer corresponde à orientação [do sistema jurídico] sobre seu meio envolvente. O sistema reproduz a si próprio através de operações recursivas-fechadas, de forma que ele produz o sentido normativo a partir da base do sentido normativo (*auf Grund Von normativem Sinn normativen Sinn erzeugt*). Ele não pode obter sua qualidade normativa de seu meio envolvente (não existe direito natural) e tampouco pode fornecer [tal qualidade] ao seu meio envolvente; pois toda comunicação que se refere às normas jurídicas, nada mais é que comunicação interna e própria do sistema. Todo contato com o meio externo seja esse um *input*, ou um *output*, tem que tomar uma outra forma de expectativa, e deverá dessa maneira ser concebida como cognitiva. Um sistema jurídico, no que concerne à reprodução do sistema, deve estar apto a aprender, e por isso é concomitantemente um sistema fechado e aberto⁴⁰⁶.

Pois bem. O serviço público e seu conceito também então inseridos na recursividade do sistema. Como tal, também adquirem unidade – mas também contribuem para a unidade do sistema. A pergunta é como isso é levado a efeito dentro do sistema. Isso ocorre a partir de operações de enlace, como as levadas a efeito na argumentação. As decisões, em suas argumentações, sempre estão vinculadas a outras operações, como a Constituição ou uma tradição sobre o que é serviço público. Os juristas usualmente sustentam que o seu conceito de serviço público é o conceito definitivo – que corresponde ao “ser” de serviço público – porque representa melhor ou da natureza essencial, isso é, uma recursividade que se liga a descrições imemoriais do sistema, ou, mais comum, às referências encontradas no sistema jurídico, tomado no sentido trivial, isso é, como corpo de normas.

De todo modo, o próprio Luhmann confirma a necessidade e a capacidade do conceito jurídico de se engatar no símbolo da validade jurídica:

La autorreferencia se expresará en la forma de conceptos jurídicos – conceptos que sirven para restringir las construcciones que son

⁴⁰⁵ LUHMANN, Niklas. **El Derecho de la sociedad**. Universidad Iberoamericana: México, 2002. p.163: “[...] se puede designar la validez como un símbolo que circula, puesto que en cada utilización se transfiere a las operaciones subsecuentes [...] El símbolo se transfiere de operación en operación y consiste únicamente en esta reproducción permanente.”

⁴⁰⁶ LUHMANN, Niklas A Restituição do Décimo Segundo Camelo: do Sentido de uma Análise Sociológica do Direito. LOPES JÚNIOR, Dalmir; ARNAUD, André-Jean (Orgs). **Niklas Luhmann: do Sistema Social à Sociologia Jurídica**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004. p.63.

enlazables dentro del sistema y que pueden ser asociados con la circulación simbólica de la validez⁴⁰⁷.

É interessante pensar que a perspectiva luhmanniana talvez não exclua outras observações tão rigorosas quanto no que toca à validade. A noção de Habermas, por exemplo, é exigente no sentido de exigir democracia e participação nas normas. A teoria de Habermas pode ser observada a partir de uma perspectiva sistêmica como descrição não só jurídica, mas sim como uma teoria de uma observação de segundo grau no Direito – como uma vazão de crítica ou uma descrição em forma de Estado Democrático de Direito.

Para tanto, é possível uma descrição normativa. Será necessário entender válido como legítimo. Desse modo, as indagações ligam-se à legitimidade. Dessa forma, o serviço público e seu conceito precisam estar inseridos em um contexto de legitimidade para adquirir o símbolo da validade. Para tanto, socorre-se de Habermas.

O Direito⁴⁰⁸ permite aos destinatários dois enfoques: performativo (aquele que participa), no primeiro caso, e objetivador (aquele que observa para planejar sua ação) no segundo⁴⁰⁹. A validade está conectada com o primeiro enfoque, de modo que o ordenamento jurídico tem de ser organizado de forma a que seja *possível* o simples respeito à lei⁴¹⁰. Essa organização está ligada com a idéia de autolegislação, ou seja, a participação em processos de decisão em que os cidadãos possam “participar na condição de sujeitos do direito que agem

⁴⁰⁷ LUHMANN, Niklas. **El Derecho de la sociedad**. Universidad Iberoamericana: México, 2002. p.459.

⁴⁰⁸ Boa parte dessas reflexões são aproveitadas da dissertação de mestrado do autor. As questões gerais foram mantidas em sua redação original, enquanto as específicas foram reescritas. Ver: RECK, Janriê Rodrigues. **Dissertação de Mestrado**. Inédita. A Construção da Gestão Pública Compartida: o uso da proposição habermasiana da ação comunicativa na definição e execução compartilhada do interesse público. Santa Cruz do Sul, 2006. Orientador Prof. Dr. Rogério Gesta Leal.

⁴⁰⁹ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre faticidade e validade. v.I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p.51.

⁴¹⁰ GALUPPO, Marcelo Campos. **Igualdade e Diferença**: Estado Democrático de Direito a partir do Pensamento de Habermas. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002: “Por faticidade, e acompanhando Habermas, quero aqui me referir ao caráter histórico e contingente do Direito moderno que o liga, indissolvelmente, ao fato de ser um sistema de ação que recorre inclusive à força para sua concretização e, assim, à política. Por validade quero aqui me referir à dimensão de justificativa racional do Direito moderno, que o liga, indissolvelmente, à exigência de sua fundamentação, vale dizer, às questões acerca da sua legitimidade e justiça, e, assim, à Moral moderna”. p.18-19.

orientados não apenas pelo sucesso”⁴¹¹. A legalidade é, então, fruto de processos que levam à normatização, e, nesse sentido, faticidade e validade estão indissolavelmente ligados. O Direito programa o serviço público. Desse modo, o público é aquilo que pode ser percebido como criação de uma dada comunidade sobre si mesma.

O princípio da legalidade está ligado, também, ao desencantamento do mundo e com a orientação não-circunscrita (liberdade temática) das modernas sociedades como um alívio para os riscos do dissenso, normalmente crescentes. Por outro lado, a positivação, como decisão que a todo instante pode ser modificada, permite uma maior crítica da ordem vigente, de modo que esta pode ser substituída por outra⁴¹². A positivação significa uma ordem criada pela decisão. Trata-se de congruências de expectativas artificiais em relação ao mundo da vida, vez que as normas foram criadas de maneira consciente. Por outro lado, uma autolegitimação do Direito só vai ser possível enquanto menos “garantias metassociais”⁴¹³ existirem. Apoiar-se a fundamentação do Direito em uma teleologia, teologia ou na Moral só vai prejudicar a própria legitimidade daquele, que tem de gerar por si próprio sua validade a partir de seus processos de criação, abertos a conteúdos racionalmente defensáveis.

Essa inadequação de garantias *a priori* reflete-se também nos direitos fundamentais. esses têm de ser observados como se fossem também resultado da autolegislação de indivíduos soberanos e autônomos.

Se uma sociedade consegue e pode atuar sobre si mesma através de uma linguagem específica como o Direito, mas sob a condição de que esse Direito seja legítimo, ou conforme o princípio da Democracia ou do Discurso, tanto mais legítimo será o Direito se for possível retroceder à legitimidade de sua formação, ou seja, uma formação racional, cognitivamente aberta para o poder comunicativo dos cidadãos:

⁴¹¹ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre faticidade e validade. v.I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p.53.

⁴¹² HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre faticidade e validade. v.I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p.59.

⁴¹³ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre faticidade e validade. v.I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p.62.

Até agora consideramos o uso público de liberdades comunicativas somente sob o aspecto cognitivo da possibilidade da formação racional da opinião e da vontade: o fluxo livre de temas e contribuições, informações e argumentos, deve fundamentar a suposição de racionalidade para resultados obtidos conforme o procedimento correto. Todavia, as convicções produzidas através do discurso e compartilhadas intersubjetivamente possuem também uma força motivadora. Mesmo que ela não seja mais do que a pequena força motivadora que está presente nos bons argumentos, pode-se afirmar que o uso público de liberdades comunicativas é, sob esse aspecto, um gerador de potenciais de poder [grifos do autor]⁴¹⁴.

Esse poder comunicativo fundamenta-se nas comunicações políticas espontâneas, ou esfera pública, que se dão em vários locais de comunicação, desde os mais inusitados aos mais ritualizados. Daí a necessidade de liberdade e capacidade de engajamento e discussão política em uma sociedade⁴¹⁵. Mesmo que os participantes não esejam, em princípio, direcionados a sair de uma perspectiva egocêntrica, a publicidade e a racionalidade dos procedimentos ajudam na formação de uma determinação razoável:

Nem todos os interesses podem ser representados publicamente. Por isso, a esfera pública das comunicações políticas – (destacada por Kant) e aliada à expectativa de que os proponentes são consistentes em seus proferimentos e capazes de explicar coerentemente as suas propostas – exerce uma coerção procedimental saudável. Nessas condições, por exemplo, a camuflagem de interesses não justificáveis publicamente através de argumentos éticos ou morais obriga o proponente a compromissos que poderão desmascará-lo, na primeira ocasião, como inconsistente ou forçá-lo a levar em consideração os interesses dos outros, se quiser manter a sua credibilidade⁴¹⁶.

Essa esfera espontânea de livre fluxo de argumentos permite, como dito, ao mesmo tempo, o engajamento do cidadão às normas devido à possibilidade de imputação de legitimidade, e, ao mesmo, permite a abertura cognitiva à produção das normas, qualificando-as. Uma Administração cuja finalidade seja atender os

⁴¹⁴ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre faticidade e validade. v.I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p.186.

⁴¹⁵ “Devido à sua estrutura anárquica, a esfera pública geral está muito mais exposta aos efeitos da repressão e de exclusão do poder social – distribuído desigualmente – da violência estrutural e da comunicação sistematicamente dissorcida, do que as esferas públicas organizadas do complexo parlamentar, que são reguladas por processos. De outro lado, porém, ela tem a vantagem de ser um meio de comunicação isento de limitações, no qual é possível captar melhor novos problemas, conduzir discursos expressivos de auto-entendimento e articular, de modo mais livre, identidades coletivas e interpretações de necessidades. A formação democrática da opinião e da vontade depende de opiniões públicas informais que idealmente se formam em estruturas de uma esfera pública política não desvirtuada pelo poder.” HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre faticidade e validade. v.II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p.33.

⁴¹⁶ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre faticidade e validade. v.II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p.71.

ditames da democracia e, com isso, satisfazer os preceitos constitucionais, tem de ter operadores atentos à ditadura da autoprogramação.

O problema da legitimidade é um ponto de reflexão que pode ser elaborado a partir de Habermas e de Luhmann conjuntamente :

A problemática da legitimação do Direito não é exclusividade da teoria dos sistemas de Luhmann, não obstante adquira uma dimensão muito maior no âmbito de tal teoria, o que se dá justamente em função da auto-referencialidade dos subsistemas que compõem o sistema social global. Em termos bastante gerais, pode-se afirmar que a problemática da legitimação do direito moderno decorre da impossibilidade de fundamentá-lo a partir de cosmovisões e de concepções de mundo baseadas num *ethos* coletivamente compartilhado [...] Contudo, o Direito não pode prescindir de pretensão de legitimidade, pois caso contrário ele se reduz à mera facticidade de uma imposição arbitrária. Ou seja, sem as pretensões de legitimidade o Direito descola-se para o plano da mera violência ou, na melhor das hipóteses, para o plano de uma tecnologia de dominação que simplesmente se reduz ao cumprimento da norma em função de um cálculo estratégico acerca das conseqüências que podem advir do descumprimento da mesma.⁴¹⁷

O serviço público se vale desse símbolo de validez, nos dois sentidos, quais sejam, os de Luhmann e de Habermas. O serviço público e seu conceito terão de, por óbvio, engatar-se no sistema, mas também é possível retomar a idéia de público como sendo aquilo que é fruto da participação. Desse modo, não é qualquer participação, mas somente uma participação legítima. Luhmann acusa a impraticabilidade da concepção de Habermas – entretanto, ela pode ser inserida no debate enquanto símbolo do serviço público. De fato, só pode ser serviço público aquilo que é percebido como sendo um produto da participação do cidadãos, e não qualquer participação, mas sim processos legítimos de auto-atribuição de direitos.

O próximo símbolo do Direito a ser tratado é o símbolo da igualdade – que, aliás, tem forte parentesco com o símbolo da justiça.

⁴¹⁷ BÔAS FILHO, Orlando Villas. **O Direito na Teoria dos Sistemas de Nilas Luhmann**. São Paulo: Max Limonad, 2006. p. 208.

5.2 Igualdade no Direito

Outro símbolo fundamental do sistema é o da igualdade. Igualdade é, como se sabe, a consistência nas decisões de tal modo que o igual seja tratado como igual. Trata-se de uma fórmula que dá unidade na contingência. Seu conteúdo, contudo, é vazio. Desse modo, com a igualdade, o sistema ganha um valor de preferência que, em termos de instruções, é vazio.

A igualdade consegue se estabilizar como tal justamente pela impossibilidade de alcance de referências não-jurídicas capazes de gerar esse valor⁴¹⁸. A igualdade é, ao mesmo tempo, um símbolo que representa a unidade operativa do sistema jurídico⁴¹⁹, mas também um critério de atribuição do que é conforme ou desconforme o Direito. Entretanto, como dito, é vazia de conteúdo⁴²⁰.

Existe uma certa assimetria no que vem a ser igualdade no uso político e no uso jurídico da igualdade:

[...] actualmente se debe distinguir entre utilización política o jurídica del principio de igualdad. La política exige que los seres humanos sean tratados como iguales. El derecho exige que los casos sean los que se traten como iguales [...] El esquema igual/desigual genera una demanda de criterios, pero él mismo no determina los criterios necesarios⁴²¹.

No serviço público, parece que a igualdade serve aos dois propósitos, reforçando a tese adiante esboçada de que o serviço público é um acoplamento estrutural entre Direito, Administração e Política. De fato, a exigência política do igual tratamento e do tratar todos os casos como iguais cruza-se no serviço público enquanto expectativa normativa. Espera-se que o poder público atenda às

⁴¹⁸ LUHMANN, Niklas. **El Derecho de la sociedad**. Universidad Iberoamericana: México, 2002. p.164: “El símbolo renuncia, pues, a referencias externas estables, pero precisamente por ello expresa, dentro del sistema, el anclaje existencial que utilizan estos desplazados: equipan al sistema con un dispositivo de dinámica controlada que lo hace diferente del entorno”.

⁴¹⁹ LUHMANN, Niklas. **El Derecho de la sociedad**. Universidad Iberoamericana: México, 2002. p.167: [...] el sistema del derecho dispone de una segunda posibilidad de expresar su unidad operativa, bajo la forma del principio de igualdad.

⁴²⁰ LUHMANN, Niklas. **El Derecho de la sociedad**. Universidad Iberoamericana: México, 2002. p.167: “Se trata de un esquema de observación que sugiere el desarrollo de normas y preferencias, pero que por sí mismo no determina la preferencia por la igualdad”.

⁴²¹ LUHMANN, Niklas. **El Derecho de la sociedad**. Universidad Iberoamericana: México, 2002. p.169.

demandas de igual maneira (ou de maneira ótima) sempre que surgir a necessidade. Todos têm direito à escola, tanto jurídica quanto politicamente. Obviamente, o conceito é uma operação enlaçada com a idéia de tratar todos de igual maneira, pois é a partir do conceito que vai se perceber o que é serviço público.

O serviço público e seu conceito também estão ligados com a formação de memórias e redes de recursividade. Tratar sempre determinadas situações como serviço público reforça a idéia de que aquela situação em particular é serviço público. esse enlace gera consistência e, assim, faz com que uma operação se ligue na outra⁴²². A noção de igualdade⁴²³ está profundamente ligada com a justiça, dessa vez observada por um prisma mais jurídico. Trata-se de uma fórmula de contingência do sistema jurídico.

En su forma más general, la fórmula de contingencia justicia se evidencia, en una larga tradición que aún compromete, como igualdad. En la igualdad se observa un momento forma genérico que contiene todos los conceptos de justicia, pero que tan sólo significa reglamentariedad o consistencia. Aquí, la justicia se ve, como es obligado para las fórmulas de contingencia, como un "principio" que se fundamenta a sí mismo. Es decir, la justicia no tiene necesidad de fundamentarse. Por lo demás, con el concepto de "fórmula de contingencia" se afirma que la justicia no es ni una afirmación en torno a la esencia o la naturaleza del derecho, ni un principio fundador de la validez jurídica ni, finalmente, un valor que hiciera aparecer el derecho como algo digno de preferencia. En comparación con todos estos supuestos, el concepto de fórmula de contingencia ofrece una abstracción – y justamente por ello corresponde con el principio formal de igualdad que tampoco designa ni la esencia de un asunto, ni su fundamento, ni su valor. La fórmula de contingencia es únicamente un esquema de búsqueda de fundamentos o de valores que no pueden obtener validez jurídica a

⁴²² LUHMANN, Niklas. **El Derecho de la sociedad**. Universidad Iberoamericana: México, 2002. p.171: "Se comprende entonces cómo se pone en marcha la autopoiesis del sistema jurídico, debido al hecho de que no sólo se recuerdan, en calidad de acontecimientos históricos, los materiales de los conflictos, la solución de los conflictos en casos aislados, las pretensiones rechazadas o aceptadas, sino que todo esto se refleja y se recopila como orientaciones para la praxis futura. Lo que se debe aceptar es la integración recursiva de las decisiones anteriores y posteriores a la red del sistema: a esto precisamente llamamos la unidad operativa del sistema. Lo que es conforme (o discrepante) con él se puede averiguar solamente confrontando decisiones anteriores y, en menor medida, anticipando las posibilidades futuras. La forma bilateral que sirve como hilo conductor para todo esto es la forma de la igualdad."

⁴²³ LUHMANN, Niklas. **El Derecho de la sociedad**. Universidad Iberoamericana: México, 2002. p.167: La igualdad es la preferencia más abstracta del sistema: el último criterio de atribución de lo que está en conformidad (o en discrepancia) con el derecho [...] esta función adopta también el nombre de la 'justicia'.

no ser en la forma de programas⁴²⁴.

Como o código é invariável, a ele não podem ser alocados qualificativos tais como justo ou injusto. Justo ou injusto são valores que se ligam aos programas⁴²⁵. Entretanto, como saber quais são os critérios que vão levar de um lado a outro da distinção justo ou injusto? Assim como a igualdade, o valor de justiça também é vazio e opera a partir de remissões a outras operações. Trata-se de uma fórmula de contingência⁴²⁶, que permite, atualiza e, ao mesmo tempo, se nutre das demais decisões do sistema jurídico.

Essa fórmula de contingência se traduz como consistência nas decisões, ou seja, na idéia de que houve cuidado suficiente na verificação se aquela situação se liga com uma situação passada e sua solução⁴²⁷. Desse modo, será justo um programa ou decisão se ele for complexo o suficiente para se ligar ao resto do sistema.

Existe, portanto, uma ligação entre validade, justiça e igualdade. Todos são símbolos e, como tais, dependentes de outras operações – muito embora legitimem essas operações. A operação no sistema deverá ser consistente, o que significa ser recursiva com o sistema – válida ou legítima –, mas também consistente com os casos passados e com o desejo de produção de igualdade. Nesse sentido, o serviço se coloca como um símbolo de igualdade e de justiça.

A partir de uma perspectiva habermasiana, um dos instrumentos pelo qual se mantém a idéia de igualdade é o princípio da legalidade que se liga ao mesmo tempo, a procedimentos democráticos de elaboração de normas, bem como a

⁴²⁴ LUHMANN, Niklas. **El Derecho de la sociedad**. Universidad Iberoamericana: México, 2002. p.284-285.

⁴²⁵ LUHMANN, Niklas. **El Derecho de la sociedad**. Universidad Iberoamericana: México, 2002. p.279: “En primer lugar, hemos delimitado el problema de la justicia mediante distinciones: se trata de autorreferencia, pero no como operación, sino como observación; no en el nivel del código, sino en el nivel de los programas; no en la forma de una teoría, sino en la forma de una norma (propensa ao desengaño). Todo eso significa que pueden existir sistemas jurídicos injustos (o: más o menos justos). Ni la autopoiesis operativa del sistema, ni el código necesariamente invariable, pueden ser 'justos'.

⁴²⁶ LUHMANN, Niklas. **El Derecho de la sociedad**. Universidad Iberoamericana: México, 2002. p.280: “En busca de una respuesta a esas preguntas, partimos de que la idea de justicia se puede entender como fórmula de contingencia del sistema jurídico.”

⁴²⁷ LUHMANN, Niklas. **El Derecho de la sociedad**. Universidad Iberoamericana: México, 2002. p.287: “[...] sólo se puede hablar de justicia en el sentido de una complejidad adecuada en la toma de decisiones consistentes.”

direitos fundamentais. Trata-se de pressuposições recíprocas, de maneira que a falta de conexões entre os dois fenômenos não permite a existência de um ou outro. A idéia de direitos fundamentais está ligada mais propriamente à liberdade e à autonomia, ou, melhor dizendo, às autonomias pública e privada. A explicação dos direitos fundamentais tem de levar em conta o meio do Direito, ou seja, Direito só se faz a partir do Direito. E é precisamente essa uma dificuldade: esses direitos têm de ser fortemente legítimos, mas essa legitimidade tem de estar ligada à legalidade nas condições pós-metafísicas.

Um sistema de direitos fundamentais tem de explicar, no mesmo tempo, o fato da existência de âmbitos de liberdade em que a ação instrumental é permitida, mas também tem de dar conta daqueles que agem comunicativamente⁴²⁸. Isso tudo diante do caráter reflexivo do próprio Direito. Como direitos que são, só fazem sentido em comunidade:

Direitos subjetivos não estão referidos, de acordo com seu conceito, a indivíduos atomizados e alienados, que se entesam possessivamente uns contra os outros. Como elementos da ordem jurídica, eles pressupõem a colaboração de sujeitos, que se reconhecem reciprocamente em seus direitos e deveres, reciprocamente referidos uns aos outros, como membros livres e iguais do direito. Tal reconhecimento recíproco é constitutivo para uma ordem jurídica, da qual é possível extrair direitos subjetivos reclamáveis judicialmente. nesse sentido, os direitos subjetivos são co-originários com o direito objetivo; pois esse resulta dos direitos que os sujeitos se atribuem reciprocamente⁴²⁹.

Pretende-se aos direitos fundamentais uma legitimidade maior do que a do processo político, tanto que, de antemão, estariam mais ou menos imunes a esse. Todavia, aqueles decorrem do processo político. A tese é de que existe uma co-imbricação entre autonomia privada e pública e de que uma oposição

⁴²⁸ DUTRA, Delamar José Volpato. **Razão e Consenso em Habermas**: a teoria discursiva da verdade, da Moral, do direito e da biotecnologia. Florianópolis: UFSC, 2005. p.198: "Temos, aqui, uma dupla validade do direito, coerção e liberdade. Assim, sob um ponto de vista empírico, o direito pode ser analisado somente a partir da perspectiva da coerção. Porém, sob o ponto de vista da validade, encontramos um amálgama de conceitos complexos, ou seja, o sentido da validade do direito só se explica pela referência simultânea à validade social ou fática [*Geltung*], à legitimidade [*Gültigkeit*] e à coerção, já que o direito apóia-se sobre uma faticidade artificial, estabelecida a partir de sanções. No que concerne à legitimidade, ela faz referência ao próprio caráter discursivo do resgate da validade de uma proposição. Já a validade social remete à aceitação concreta por parte de uma sociedade."

⁴²⁹ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre faticidade e validade. v.I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p.121.

entre direitos humanos e soberania do povo é um argumento falacioso, uma vez que direitos humanos e soberania do povo só podem aparecer juntas.

Tanto Kant quanto Rousseau⁴³⁰, na opinião de Habermas, centralizam a reflexão em algum sujeito: seja em um eu transcendental, na versão kantiana (que depois vai informar as noções libertarianas e liberais de Direito), seja em uma nação tomada como um corpo homogêneo, no caso de Rousseau (posteriormente concepções comunitaristas e substancialistas)⁴³¹. Isso é um problema advindo da filosofia da consciência, não permitida nas condições contemporâneas. Habermas, como não vincula a razão comunicativa a nenhum sujeito, até porque todos a têm, pode perceber a conexão entre autonomia pública e privada. Um sistema de direitos que leve a sério as condições pós-metafísicas de impossibilidade de um esquema racionalista ou natural, de disposição de direitos com a soberania do povo, tem de levar em conta que o Direito tem de ser formado por uma decisão, mas uma decisão legítima. Esta decisão, contudo, só poderá ser legítima se os seus participantes tiverem liberdade comunicativa⁴³².

As normas de ação em geral, sejam éticas, morais ou jurídicas, como implicam esquemas de ação que, de alguma maneira, tem de ser criados, acabam regidas por um princípio contrafático, que, apesar de não normativo, tem de ser aceito em favor de uma interação não-violenta. Trata-se do princípio do discurso, ou “D”: “São válidas as normas de ação às quais todos os possíveis atingidos poderiam dar o seu assentimento, na qualidade de participantes de discursos racionais”⁴³³. Esse princípio possibilita a amarração da participação com o código do Direito. Tem, como conteúdo, a necessidade de se levar em conta a

⁴³⁰ HABERMAS, Jürgen. **La necesidad de Revisión de la Izquierda**. Madrid: Tecnos, 1996: “En la medida en que la Revolución francesa vino inspirada por Rousseau, se distinguió de la Revolución americana en que los derechos humanos no se hacían anteceder como un filtro a la práctica autónoma que representa la actividade legislativa, sino que habían de deducirse de esa misma práctica. En los Derechos del Hombre Rousseau no reconoce otra cosa que las estructuras y presupuestos de los procesos de formación democrática de la voluntad coletiva. Cuando se los entiende así, se evita la lectura selectiva que de ellos hace el liberalismo. Entonces no cabe oponer unos derechos humanos entendidos en sentido individualista a las metas que representan la emancipación social.” p.146.

⁴³¹ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre faticidade e validade. v.I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p.138.

⁴³² HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre faticidade e validade. v.I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p.139.

⁴³³ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre faticidade e validade. v.I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p.142.

opinião daqueles que são destinatários das normas⁴³⁴. Ele explica como é possível fundamentar imparcialmente alguma máxima da ação. O princípio do discurso, quando conectado ao Direito, torna-se princípio da Democracia, destinado a “amarrar um procedimento de normatização legítima do Direito”⁴³⁵. Enquanto em uma argumentação moral só cabem regulações universalistas, no princípio do discurso, adentram todas as variantes que compõem os interesses sociais, quais sejam, normatizações pragmáticas, éticas e morais. Nesse sentido, só serão legítimas as normas que puderem retroceder a um discurso livre de sua produção⁴³⁶.

Normas morais, em um contexto pós-convencional, são geralmente orientadas a indivíduos insubstituíveis, tomados em uma comunidade concreta. Normas jurídicas são criadas em vista de pessoas dotadas de personalidade jurídica em uma comunidade criada por uma decisão e, portanto, juridicamente constituída⁴³⁷.

Habermas prefere ver a Moral como complementar ao Direito, compensando, em parte, tanto os déficits de legitimidade e autonomia desse último, mas contribuindo à primeira em engajamento para ação institucionalizado.

A Moral é mais rigorosa, vez que observa toda ação à luz de um princípio da universalização, visso mais adiante. Todavia, após o desencantamento,

⁴³⁴ HABERMAS, Jürgen. **La necesidad de Revisión de la Izquierda**. Madrid: Tecnos, 1996. p. 170: “Que una norma sea justa o redunde en interés de todos no significa otra cosa sino que la norma merece reconocimiento o es válida. La justicia no es nada material, no es un ‘valor’, sino una dimensión de validez. Así como las oraciones descriptivas pueden ser verdaderas, es decir, expresar lo que es el caso, así las oraciones normativas pueden ser correctas (richtig) y expresar lo que se debe hacer. Pero a un nivel distinto están los distintos principios y normas, que tienen un contenido específico, independientemente de que sean válidos o no.”

⁴³⁵ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre faticidade e validade. v.I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p.145.

⁴³⁶ MOREIRA, Luiz. **Fundamentação do Direito em Habermas**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p.146: “Mesmo assumindo a perspectiva de que a autoria do ordenamento jurídico emana da vontade democrática de pessoas livres e iguais, institucionalizada juridicamente, observando uma correição processual, há sempre a possibilidade de que a normatividade, decorrente de tal vontade seja injusta. Sendo injusta, a normatividade jurídica abre-se a dois caminhos: o primeiro, permanecer injusta e aí ela deixa de ser uma ordem legítima e passa a constituir-se como arbítrio, violência. O segundo, atrelar ao conceito de direito à possibilidade de que sua normatividade seja fruto não da vontade democrática dos cidadãos, mas do arbítrio e da violência. Então criva-se, nessa normatividade, a abertura para a falibilidade e com isso a presunção de que preceitos jurídicos possam ser revistos, revogados.”

⁴³⁷ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre faticidade e validade. v.I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p.147.

mesmo assim, permanece como poderosa motivação individual para ação, sem, todavia, maiores conseqüências sociais do seu descumprimento⁴³⁸. É fruto de um procedimento reflexivo na própria tradição, sem que existam ritos com hora marcada como no Direito.

O Direito, dado o princípio do discurso transformado em princípio da Democracia, é aberto a considerações morais. Complementa esta, contudo, no sentido de que, a partir da estatuição do código do Direito e sua faticidade, o Direito tem atributos que permitem tanto um alívio motivacional pela confluência de expectativas (as pessoas passam a saber o que fazer com um pouco mais de certeza), bem como pela sua institucionalização em poderes organizados em força, compensando também os déficits de programação para a ação instrumental (a eventual sanção pode levar ao comportamento previsto)⁴³⁹.

O Direito, como linguagem coordenada por pessoas revestidas de personalidade jurídica, resolve o problema da imputação através de abstrações como o conhecimento da lei (o que não é possível em termos morais, dada sua difícil cognoscibilidade), além de aliviar deveres morais através da organização de burocracias destinadas à satisfação de direitos fundamentais antes imputados ao indivíduo⁴⁴⁰, que, agora, estão a cargo da coletividade organizada, como os direitos fundamentais de cunho social⁴⁴¹.

O direito não é recomendado apenas para a reconstrução dos complexos de instituições naturais que ameaçam ruir devido à subtração da legitimação. Em virtude da modernização social, surge

⁴³⁸ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre faticidade e validade. v.I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p.149.

⁴³⁹ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre faticidade e validade. v.I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p.152.

⁴⁴⁰ ENTERRÍA, Eduardo García de. **La Lengua de los Derechos**: la formación del Derecho Público europeo tras la Revolución Francesa. Madrid: Alianza, 1995. p.182: "La razón esencial de esse fenómeno está bien caracterizada desde Tocqueville: la introducción de la igualdad y el individualismo en una sociedad implica un desarrollo correlativo de lo que él llamó "la centralización", una concentración de todas las desigualdades en un centro público al que se encomienda la gestión de todas las necesidades o conveniencias que trascienden de las fuerzas limitadas de cada individuo, o simplemente que interesa a su comodidad que se gestionen de ese modo. Esto se hizo patente cuando Napoleón concluye con el inmenso desorden que los años revolucionarios habían originado y acierta a organizar imaginativamente, creadoramente, la Administración francesa, que desde entonces perdura y que pasó a ser modelo inmediato para toda Europa ("*L'Administration que l'Europe nous envie*", en la famosa frase de un parlamentar de la Restauración".

⁴⁴¹ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre faticidade e validade. v.I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p.153.

uma necessidade organizacional de tipo *novo*, que só pode ser satisfeita de modo construtivo. O substrato institucional de áreas de interação tradicionais, tais como a família e a escola, é reformulado através do direito, o qual torna possível a *criação* de sistemas de ação organizados formalmente, tais como mercados, empresas e administrações. A economia capitalista, orientada pelo dinheiro, e a burocracia estatal, organizada a partir de competências, surgem no *médium* de sua institucionalização jurídica⁴⁴².

O problema da liberdade com a vontade de uma comunidade na formação de direitos fundamentais é resolvido pela idéia de *autonomia*. Habermas, em um primeiro momento, reconstrói, passoapasso, o engate entre o princípio do discurso, descrito acima, e a forma jurídica – existente como diferenciação de um sistema social – para criação de um sistema *in abstracto* de direitos, algo que ao filósofo do Direito cabe apenas *sugerir*⁴⁴³ como organização social excelente da sociedade: querer fundamentar tal sistema de direitos como uma razão necessária ou algo que o valha é cair de pronto em uma metafísica superada. Tais direitos seriam: (1) direitos fundamentais que resultam de uma configuração política onde exista um maior número de liberdades possível; para estribar esse direito, seria necessário (2) *status* de membro de uma associação política e (3) possibilidade de reivindicação jurídica desses direitos; esses direitos garantem sua autonomia privada, todavia, como direitos, são criados e regulamentados por lei, daí um (4) direito à participação política para criação de um direito legítimo, i.e., um direito cujos destinatários participam, performativamente de seu processo de construção⁴⁴⁴. Isso tudo não seria possível se não existissem (5) condições materiais para uma vida garantida social e ecologicamente⁴⁴⁵.

⁴⁴² HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre faticidade e validade. v.I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p.154.

⁴⁴³ HABERMAS, Jürgen. **Passado como Futuro**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1993. p.98:“Eu jamais tive a pretensão de meus famosos colegas americanos – Rawls e Nozick – de desenvolver uma teoria política normativa. Eu não contesto a validade de tal projeto, porém eu não tento construir na escrivania as normas fundamentais de uma “sociedade bem organizada”. O meu interesse fundamental está voltado primordialmente para a reconstrução das condições realmente existentes, na verdade sob a premissa de que os indivíduos socializados, quando no seu dia-a-dia se comunicam entre si através da linguagem comum, não têm como evitar que se empregue esta linguagem *também* no sentido voltado ao entendimento. E ao fazerem isso, eles precisam tomar como ponto de partida determinadas pressuposições pragmáticas, nas quais se faz valer algo parecido com uma razão comunicativa.”

⁴⁴⁴ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre faticidade e validade. v.I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p.159.

⁴⁴⁵ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre faticidade e validade. v.I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p.160.

Acerca de (1), Habermas fundamenta no sentido de que somente serão legítimas as normas que sejam compatíveis com o máximo de iguais direitos para todos. Já em (2), tenta-se resolver o problema da solidariedade em uma situação de autolegislação, ou seja, *quem* se autolegisla. Obviamente só pode ser um grupo que reconhece seus membros como tais, e, mesmo que tal organização seja universal, ainda é limitada com relação ao tempo e ao espaço, ou seja, nunca existe inclusão *total*, de modo que não faça sentido um *nós*. Em (3), a fundamentação é óbvia: não fazem sentido direitos se não é possível reivindicá-los. Em (4), criam-se os direitos a partir da participação e, em (5), se os possibilitam⁴⁴⁶.

Para Habermas, todavia, isso é uma perspectiva filosófica, vez que o que importa para a legitimidade dos direitos fundamentais é uma perspectiva performativa, e não uma perspectiva teórica como a do filósofo do Direito, de modo que esse é o momento para Habermas introduzir a interessante noção de direitos fundamentais a partir de um procedimento democrático. Aliás, essa operação resolve as tensões entre um substancialismo metafísico e um procedimentalismo vazio. A idéia é de que só é possível reconhecer direitos fundamentais a partir do exercício da autonomia. Os direitos fundamentais têm de ser criação de um corpo de cidadãos para eles mesmos, e não invistos paternalisticamente de fora por uma entidade metafísica:

Ora, são os próprios civis que refletem e decidem – no papel de um legislador constitucional – como devem ser os direitos que conferem ao princípio do discurso a figura jurídica de um princípio da Democracia. De acordo como princípio do discurso, podem pretender validade as normas que poderiam encontrar o assentimento de todos os potencialmente atingidos, na medida em que esses participam de discursos racionais⁴⁴⁷.

Desse modo, não existe oposição alguma entre soberania popular e direitos fundamentais, pelo contrário, eles se pressupõem, são *co-originários*⁴⁴⁸:

⁴⁴⁶ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre faticidade e validade. v.I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p.162.

⁴⁴⁷ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre faticidade e validade. v.I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p.164.

⁴⁴⁸ MOREIRA, Luiz. **Fundamentação do Direito em Habermas**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p.163-164: "Por conseguinte, a explicitação da estrutura intersubjetiva dos direitos, através da institucionalização de procedimentos que acoplaram a dimensão discursiva da opinião e da vontade, torna possível que a composição entre direitos humanos e soberania do povo seja

Nada vem antes da prática da autodeterminação dos civis, a não ser, de um lado, o princípio do discurso, que está inserido nas condições de socialização comunicativa em geral, e, de outro lado, o *medium* do Direito. Temos que lançar mão do *medium* do Direito, caso queiramos implementar no processo de legislação – com o auxílio de iguais direitos de comunicação e de participação – o princípio do discurso como princípio da Democracia. Entretanto, o estabelecimento do código jurídico enquanto tal já implica direitos de liberdade, que criam o *status* de pessoas de Direito, garantindo sua integridade. No entanto, esses direitos são condições necessárias que apenas *possibilitam* o exercício da autonomia política; como condições possibilitadoras, eles não podem *circunscrever* a soberania do legislador, mesmo que essejam à sua disposição [grifos do autor]⁴⁴⁹

Para fundamentar qualquer direito, nem o princípio do Direito nem o princípio do discurso é suficiente por si só. O princípio do discurso, quando interligado com o Direito, permite a existência do princípio da Democracia, formando um sistema de direitos que pressupõe, reciprocamente, tanto autonomia pública quanto privada. Para buscar sua autonomia privada, tem de se exercer uma autonomia pública; para exercer uma autonomia pública é necessária a existência de uma vida privada. Vê-se, dessa maneira, que os direitos fundamentais são uma auto-atribuição de direitos de uma dada comunidade (que pode ser global) que se auto-organiza.

Essa auto-atribuição de direitos e a posterior construção de um ordenamento jurídico legítimo só são possíveis na medida em que estão abertos os canais de interlocução sociais.

Desse modo, para Habermas, a autonomia é o símbolo primordial. Na hipótese desse trabalho, enquanto o procedimento liga-se à validade, a autonomia liga-se ao símbolo da igualdade. Habermas traz a autodescrição em forma de paradigma de Estado Democrático de Direito, que se liga aos símbolos do Direito. Tais teorias são necessárias para dar unidade ao sistema. De todo modo, o

explicitada em termos jurídicos. Assim, o ordenamento jurídico pode ser entendido como fruto de uma legislação que os sujeitos de direito se dão a si mesmos, sendo, por seu turno, os direitos humanos o substrato que é inserido nas condições formais para a institucionalização jurídica desse tipo de procedimento. A composição entre direitos humanos e soberania do povo somente se mostra à medida que a estrutura intersubjetiva dos direitos é parte componente de um procedimento que incorpora a dimensão discursiva da formação da opinião e da vontade como algo que lhe é intrínseco. Sendo assim, os direitos humanos são, desde logo, incorporados às condições formais de institucionalização jurídica e o princípio da soberania do povo compõe a esfera de explicitação do procedimento legislativo.”

⁴⁴⁹ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre faticidade e validade. v.I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p.165.

serviço público é o ponto de encontro desses símbolos⁴⁵⁰. É o símbolo de uma sociedade que atua sobre si mesma, seja tratando todos de igual maneira, seja estabelecendo a igualdade sobre a antiga ordem:

Mediante el concepto de individuo se formula la ; todos los disolución del orden atiguo que es sustituido por los términos de igualdad y libertad: todos los individuos son iguales y libres y los problemas que surjan a partir de esa concepción deberán resolverse sobre esa misma base. Así, los derechos individuales se fundamentarán a partir de práctica universal que rompe con esta idea de que sólo el noble pueda tener acceso a los derechos⁴⁵¹.

É importante lembrar que o desenvolvimento do serviço público deu-se justamente em torno da idéia de igualdade, ou seja, de um desenvolvimento histórico de repúdio ao acesso restrito da generalidade da população ao público. O serviço público passou a ser observado como algo que é aberto à generalidade da população, justamente como público que é, e não mais como benesse ou privilégio do regime antigo.

O serviço público também se liga à autonomia, pois é ele que é visso como um mecanismo de atuação. Esta autonomia precisamente está ligada com a igualdade, visso que todos são contemplados no serviço público. Finalmente, esta simbologia está, na contemporaneidade, fortemente enredada com a idéia de Direitos fundamentais⁴⁵². Se esses não podem ser observados como uma concessão, mas sim como um processo de atribuição recíproca entre cidadãos

⁴⁵⁰ LEAL, Rogério Gesta. O controle social dos serviços públicos no Brasil como condição de sua possibilidade. In: LEAL, Rogério Gesta.; REIS, Jorge Renato. (Orgs.). **Direitos sociais e políticas públicas**: desafios contemporâneos. Santa Cruz do Sul: Edunisc. t. 7. p.1860-1861: "Não estamos defendendo aqui a constituição de um poder paralelo no âmbito das relações de prestação de serviço público, agregando a elas um outro poder de império que é o usuário ou suas representações, mas estamos tão somente sustentando a tese de que é a própria dicção constitucional contemporânea no país que está apontando à uma nova configuração de relação pública e espaço público, aqui entendido como cenário de diálogo e interlocução democrático, entre todos os que constituem tal espaço ou relação, sem qualquer discriminação ou preconceito, oportunizando que a ação pública esteja fundada em políticas públicas resultantes de um processo/procedimento comunicativo voltado ao entendimento entre esses sujeitos sociais (o que não é sinônimo de unanimidade, mas de consensualidade fundada em razões e justificações públicas)."

⁴⁵¹ NAFARRATE, Javier Torres. **Luhmann**: la política como sistema. México: UNAM, 2004. p.84.

⁴⁵² ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos Serviços Públicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p.531: "O fundamento último da qualificação jurídica de determinada atividade como serviço público é ser pressuvido da coesão social e geográfica de determinado país e da dignidade dos seus cidadãos. Os serviços públicos constituem prestações sem as quais, em determinada cultura, as pessoas se vêem desvestidas daquele mínimo que se requer para a viabilização adequada de suas vidas."

soberanos, vai ser pelo serviço público que esta atribuição recíproca vai poder ser vinculada.

Concluindo, o serviço público tem essa importante função simbólica no que toca à igualdade. Esta função é dos equivalentes funcionais possíveis da teleologia ou dos princípios que a dogmática aloca para o serviço público. De um lado, o serviço público remete ao simbólico da igualdade porque tem a pretensão de ser “serviço” para todos em igual situação; de outro, é apresentado como um mecanismo de fomento dessa mesma igualdade.

Assim, algum conceito de serviço público deverá, necessariamente, contemplar essa função simbólica: serviço público é aquilo que, em sendo fruto de autonomia do cidadão e da comunidade, trata todos de igual maneira, bem como busca a equanimidade. É obvio que praticamente toda a atividade da Administração Pública também se rege por esses símbolos. Entretanto, à medida que vão sendo agregadas mais e mais distinções (nem tantas, senão há geração de confusão semântica!) ao conceito de serviço público, esse vai ficando mais duro, sem perder, contudo, sua capacidade de enlace.

Finalmente, é necessário adicionar o símbolo da validez. Se, com Luhmann, foi possível observar que a validez é o próprio movimento do sistema, ou seja, a capacidade de uma operação acoplar-se na outra, não vem a mal adicionar um pouco de auto-observação ao trabalho. nesse sentido, validade aparece, enquanto Direito capaz de legitimar-se procedimentalmente. Serviço público terá de ser aquilo que, em se enredando com a operação do sistema, é capaz de ser percebido como uma produção da comunidade em procedimentos legítimos. Entretanto, só isso não basta. É necessário perceber o serviço público também como enlaçado com a igualdade. Nesse sentido, será serviço público não só aquilo que estiver simbolizado como legítimo, mas também aquilo que aparecer como igual em todos os seus sentidos, isso é, tanto como igual tratamento, como busca da igualdade, como, finalmente, um processo igualitário de auto-intervenção dos cidadãos.

Finalmente, é possível chegar as seguintes conclusões:

1. Uma das funções do conceito de serviço público é carregar o engate entre serviço público e símbolos do sistema. É necessário, desse modo, descrever como funciona esse engate, isso é, esse acoplamento operativo entre o conceito de serviço público e os símbolos do sistema.

2. Dois são os símbolos do sistema para Luhmann: validade e igualdade. Poder-se-ia falar, em realidade, em três, visto que Luhmann desdobra a igualdade em igualdade em sentido estrito e justiça, significando praticamente a mesma coisa.

3. O primeiro enlace é do próprio conceito de serviço público. Este deve ser visto como pertencendo “validamente” ao sistema jurídico, e, do mesmo modo, deve ser aplicado, igualmente, precisamente, a todos os casos de serviço público – enfim, um reclame de igualdade e justiça.

4. A forma serviço público – observada pelo conceito – deve estar ligada à validade. O conceito de serviço público tem de trazer esta distinção junto: ligação com o Direito no sentido de comunicação reconhecida e aceita, isso é, válida. Validade, para Luhmann, é a ligação que uma dada operação tem com o Direito. Nesta observação, o serviço público é válido se é aceito como comunicação do sistema. Também o serviço público, se observado como estrutura, permite a ligação de outras operações com o Direito. Se existe uma estrutura do sistema, como, por exemplo, serviço de esgoto como serviço público, operações que identificarem o serviço de esgoto da cidade “Nova Atlântida” como serviço público estarão recebendo o *label* de válidas.

5. Pretende-se que a observação desse trabalho seja suficientemente complexa para abranger momentos de autodescrição – mesmo que talvez idealistas – no que toca ao serviço público. Nesse sentido, Habermas vem sendo utilizado. A validade do Direito, para Habermas, é diferenciada da de Luhmann e abrange um desenvolvimento do princípio do discurso. esse princípio é apresentado como a única alternativa à violência, e tem, por conteúdo, a idéia de que as normas só são legítimas se puderem ser atribuídas a um processo jurídico de convencimento recíproco em condições ideais de falta.

6. O serviço público tem ligação também com essa segunda noção de validade. Como público que é, representa uma intervenção da sociedade *in totum* sobre ela mesma. Esta intervenção só pode ser uma intervenção legítima. Desse modo, o serviço público depende e nutre de uma legitimidade do Direito.

7. Outro símbolo é o da igualdade, dublado como justiça. Significa ter consistência nas decisões, isso é, apresentar a argumentação de uma decisão como se tivesse seguido casos anteriores. esses símbolos são vagos, não têm conteúdo. Além disso, a igualdade significa – juridicamente – a pretensão de casos iguais receberem igual tratamento. A pretensão política do conceito é da igualização do tratamento. Entretanto, é um valor que se liga aos programas.

8. O serviço público se liga também a esse símbolo. Pretende-se que ele trate igualmente todos que dele necessitam do serviço público. O símbolo da igualdade, no serviço público, tem esse duplo significado de uma inclusão política e jurídica. Além disso, o serviço público é, ele mesmo, um fomento à igualdade. Nutre-se da igualdade e, ao mesmo tempo, fomenta-a.

9. Em conclusão, o serviço público carrega os símbolos da validez e da igualdade deles se vale. Esses dados, ou seja, a observação acerca do acoplamento operacional desses símbolos com o serviço público, usualmente aparecem, nos conceitos, sob a forma de teleologias ou vinculação a princípios jurídicos. essas distinções, se bem que estejam automaticamente conectadas com qualquer instituto que recaia no lado interno do código, devem fazer parte das distinções internas do conceito de serviço público.

O conceito de serviço público também serve para a indicação de acoplamentos estruturais entre determinados sistemas. É o tema da seção posta adiante.

6 FUNÇÃO DE ACOPLAMENTO: de como o conceito de serviço público serve de acoplamento entre os sistemas

Este capítulo trabalha com a hipótese de que o serviço público, ao mesmo tempo que – conforme a visão jurídica que vem sendo trabalhada – é uma comunicação do sistema jurídico, também é uma comunicação pertinente ao sistema político, uma vez que é uma operação ligada com a função fundamental de tomada de decisões vinculantes para uma dada sociedade. Nesse sentido, serviço público tem também relevância política.

Já foi visso que a legitimidade e o próprio conceito de público estão ligados a processos políticos de legitimação. O serviço público, contudo, é visso como um produto jurídico – a continuação da deliberação pública. Ocorre que o serviço está mais do que ligado à política – está acoplado; o serviço público é uma evolução co-operada entre os sistemas da política e do Direito (assim como a Constituição). É necessário trabalhar essas afirmações, mas é algo que não vai causar muita dificuldade, dada a clareza da proposição. O conceito de serviço público acaba por refletir esse acoplamento. Desse modo, o conceito de serviço público que é analisado aqui, é claro, é um conceito de serviço público do Direito – o autor desse trabalho dificilmente teria competência para lidar com a complexidade de ter que trabalhar também com o conceito de serviço público da Política – mas que sofre *insights* do sistema político na forma de autodescrição do serviço público do Direito.

Se se conseguir provar, de maneira convincente, o acoplamento, os contínuos recursos às perspectivas normativas de Habermas estão, por assim dizer, “perdoados”, uma vez que será constitutiva, mesmo para uma visão sistêmica, a comunicação idealizada a partir dessa vinculação entre Direito e Política e que se encontram no serviço público.

Por outro lado, se já se verificou que o serviço público está profundamente arraigado com o meio do Direito, é necessário também descrever o serviço público como também algo que opera a partir do meio do poder. Trata-se de outra distinção constitutiva para o serviço público. Desse modo, as relações entre o (conceito de) serviço público e o poder são trabalhadas a seguir.

6.1 Serviço público e poder

Esta seção iniciará com uma exposição sobre o meio do poder. A exposição é necessária para uma crítica do poder e o esclarecimento das relações entre o sistema do Direito e o sistema da Política através do serviço público. Além disso, tentar-se-á demonstrar que o serviço público também faz uso do meio do poder. Poder-se-ia refletir: é o serviço público o exercício de um poder? É exercício do poder dizer o que é serviço público?

O poder, para Luhmann, é um meio de comunicação simbolicamente generalizado. Com os meios de comunicação simbolicamente generalizados, resolvem-se problemas de improbabilidade da comunicação – principalmente no que toca à sua aceitação – e se economizam distinções. A partir dos meios se estabelecem possibilidades de engajamentos sociais que não estariam abertos ao uso comum da comunicação, ou, no mínimo, se realizariam a muito custo.

O poder é um meio de comunicação que se caracteriza pela possibilidade de influenciar o comportamento de outrem. Influencia-se⁴⁵³ o outro de várias maneiras:

La influencia social, en esse sentido tan general, hace su aparición en formas muy diversas, pero tan sólo una de ellas se hará susceptible de convertirse en poder político. La separación de esas formas presupone que ya existe suficiente complejidad en el sistema de la sociedad, es decir, presupone que existe diferenciación estructural. La influencia social se sustenta en un supuesto desarrollo de la sociedad en el sentido de que ya están establecidos

⁴⁵³ NAFARRATE, Javier Torres. **Luhmann**: la política como sistema. México: UNAM, 2004. p.120: “De manera amplísima definiremos como influencia social todas aquellas disposiciones comunicativas de la sociedad que se especializan en obligar el comportamiento del otro tratando de no utilizar en primer lugar la violencia física.”

los sistemas de organización. Podemos distinguir tres tipos de influencia social dependiendo de si están referidas a la absorción de incertidumbre, a la sanción positiva o a la sanción negativa. esas formas especiales hay que entenderlas como formas de incremento mutuo y aunque no agotan todo el potencial de influencia social de la sociedade, en las sociedades desarrolladas definen las formas más llamativas y más fuertes en que la influencia social se practica. Con ello se reduce lo que se ha definido como influencia social en general a una magnitud residual del mundo ordinario que, con todo, conserva su significado de aglutinate social – tanto en la organización como en la política⁴⁵⁴.

O poder, entretanto, tem uma forma específica, ou seja, de uma decisão que exige acatamento. Trata-se de uma evolução do uso da violência, que, aliás, permanece latente no poder. Entretanto, usar a violência é não exercer poder. Poder é a disposição de aceitação de uma comunicação, sem a ameaça direta da violência:

El poder funciona solamente cuando Ego se somete voluntariamente a Alter. Si Ego se somete sin necesidad de ser sometido a la voluntad de Alter, se le puede atribuir una ventaja a Alter con respecto a Ego; a esse proceso se le podría denominar autosujeción voluntaria, dinámica que pone en evidencia la alta disposición asimétrica que sustenta la cooperación. En síntesis, el poder depende de la capacidad de ponderar varias alternativas y de seleccionar una de ellas por medio de la decisión⁴⁵⁵.

O exercício do poder permanece sobre uma base de incerteza. Quem tem poder é capaz de fazer valer suas decisões, mesmo que o atingido não saiba de antemão qual é a ordem. Desse modo, tanto o dono do poder quanto o atingido não sabem quais serão as futuras ordens⁴⁵⁶. Tanto mais poder há quanto menos necessidade existe de se especificar que tipos de decisões serão tomadas.

Interessante é que não há necessidade de uma causalidade com relação à causa do poder. De fato, se um manda, e outro obedece, há poder. Os motivos

⁴⁵⁴ NAFARRATE, Javier Torres. **Luhmann**: la política como sistema. México: UNAM, 2004: p.122. "De acuerdo con esto, un presupuesto fundamental del poder es que la incertidumbre permanece en la base de toda selección que realiza todo aquel que activa la comunicación del poder. El poder es mayor si es capaz de maneter abiertas la alternativas en cada una de las partes. Por tanto, el poder aumenta si al mismo tiempo se aumenta la libertad del que ha de quedar sujeto al poder."

⁴⁵⁵ NAFARRATE, Javier Torres. **Luhmann**: la política como sistema. México: UNAM, 2004. p.49-50.

⁴⁵⁶ NAFARRATE, Javier Torres. **Luhmann**: la política como sistema. México: UNAM, 2004. p.102.

pelos quais se obedece podem ser inúmeros e talvez sequer tenham relação com o detentor do poder⁴⁵⁷.

O poder permite que, através de acoplamentos frouxos, exista uma ligação de comunicações revestidas com poder a fins diversos. Mais ainda, o meio poder liga-se ao meio Direito:

“[...] el mismo poder político puede ser también sometido al derecho, de manera que puede utilizar sus *propios* médios de coacción unicamente si media el derecho, e incluso puede cambiar al propio derecho tan sólo si se sujeta a los requerimientos establecidos para ello por el sistema jurídico. La designación habitual para estos logros es “*rule of law*” o Estado de derecho⁴⁵⁸.”

Com o serviço público, exerce-se poder não só nas nas estruturas hierárquicas da Administração, isso é, a partir das diretivas realizadas no seio do corpo burocrático, mas, e mais importante, o serviço público vale-se tanto do Direito quanto do poder para estabelecer relação com a categoria que os juristas chamam de administrados, isso é, os sistemas biológicos e psíquicos que habitam o entorno do sistema da sociedade. É necessário disposição da população para pagar taxas, submeter-se a determinados regimes jurídicos, obrigar concessionárias a determinadas obrigações, bem como a aderir a serviços públicos, sejam obrigatórios, sejam facultativos. Interessante que, quando há a privatização ou delegação do serviço público, esse poder – mesmo que com atenuantes – passa a órgãos privados regidos por lógicas diversas da razão comunicativa, gerando graves problemas de legitimidade.

É necessário poder também para dizer o que é serviço público. É um grande poder dizer qualquer coisa. esse poder de dizer o que é o serviço público consiste em definir quais são as distinções que formam esse conceito. É um

⁴⁵⁷ NAFARRATE, Javier Torres. **Luhmann**: la política como sistema. México: UNAM, 2004. p.110: “El poder se basa en el hecho de que anticipa obediencia y poder de facto. Dicho en forma resumida: el poder se sustenta en la autoanticipación, sobre la base de un sistema que en la recursividad de sus operaciones se presupone a sí mismo. Debemos poner ante los ojos el esquema de observación de la teoría clásica sobre el poder para ver a qué es lo que uno se compromete cuando se toma la causalidad como orientación guía para la construcción del concepto de poder. La causalidad es un constructo de la comunicación y no la evidencia de la necesidad de que el poder es producido por la acción del titular del poder. Por consiguiente, la perspectiva del poder varía dependiendo del observador.”

⁴⁵⁸ LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. México: Herder, 2007. p. 278.

poder extremamente relevante. É necessário poder porque os administrados e juristas podem não aceitar determinada concepção de serviço público e procurar outras. Desse modo, junto com os outros mecanismos já descritos, como medo, reputação, etc., é necessário que as organizações responsáveis pelo Direito tenham poder para estabelecer os marcos conceituais do serviço público. Claro que essa é uma empreitada difusa. Se bem que a decisão final sempre fique no centro do sistema jurídico, isso é, nos tribunais⁴⁵⁹, a periferia contribui a partir de obras críticas e debates no seio de organizações, em forma de universidade ou organizações de classe, além de uma esfera pública especializada, como já foi colocado no primeiro capítulo. Muitas vezes, os tribunais deixam-se convencer e eles mesmos passam a ser destinatários de um poder que fica com a doutrina. Portanto, se qualquer um pode tentar estabelecer o que é serviço público, não será de qualquer um que virão as principais contribuições para o sistema. É necessário ser aceito em uma comunidade de juristas, ou seja, é necessário passar pelo filtro do famoso *sensu comum teórico* dos juristas, descrito por Warat. É necessário lembrar o que já foi dito anteriormente: o conflito é abstraído ao sair das relações materiais para partir para o plano conceito. Segundo Warat⁴⁶⁰, é uma

⁴⁵⁹ LUHMANN, Niklas. **El Derecho de la sociedad**. Universidad Iberoamericana: México, 2002. p.385: “Ya que el centro no puede funcionar sin periferia (y vice-versa), esta distinción no expresa ninguna diferencia de rango o de relevancia social. Con una expresión muy acertada, Habermas caracteriza el procedimiento judicial como “punto crucial para el análisis del sistema jurídico”. De ninguna manera se trata de una inversión dentro del patrón estructural jerárquico, con la consecuencia de que los tribunales se consideren ahora más importantes que los legisladores. Esto es lo que hay precisamente que evitar. Como en cualquier forma de diferenciación, sólo se trata de asegurar que lo opuesto (obligación de decidir/ no obligación de decidir) se haga posible de manera simultánea y complementaria. La forma de la diferenciación lo único que garantiza es el desarrollo de la paradoja –no más. Pero de esto depende que el sistema del derecho, al tomar sobre sí una competencia universal, sea capaz de clausurarse operativamente para cumplir con una función específica del sistema de la sociedad.”

⁴⁶⁰ WARAT, Luiz Alberto. **Introdução Geral ao Direito II: A epistemologia jurídica da modernidade**. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1995. p. 67: “Sem sombra de dúvidas, posso situar dentro dos que atuam de alguma maneira na produção social da subjetividade, na administração institucional da cultura legítima – os emissores autorizados a dizer as verdades das ciências do homem, no centro do círculo daqueles que detém o uso público da razão. A linguagem legítima se encontra, no essencial, intertextualizada pelos saberes que integram o vasto campo das chamadas ciências do homem. Nesta perspectiva corresponde caracterizar o complexo discurso das “ciências humanas” como saber do Estado: uma informação que se apresenta como neutra para despojar o povo de sua participação política, para destituí-lo culturalmente, na ilusão de uma participação no conhecimento de verdades (de fato os atores sociais são convidados miticamente das verdades pontificadas sob ameaça da marginalização e da exclusão social); uma informação que se apresenta como objetiva para dissimular o fato de que as fronteiras entre o imaginário e a realidade unicamente podem ser estabelecidas por uma decisão política. isso quer dizer que não existe nenhuma objetividade científica nesse campo, como tampouco uma suposta neutralidade nas relações analíticas estabelecidas em seus discursos.”

decisão política que estabelece a diferença entre real e o imaginário. Esta frase diz tudo sobre a relação entre poder e conceito – conceito de serviço público.

Daí o reclame para maior democratização também na produção de sentidos doutrinários – e aí a introdução de Habermas na argumentação que segue⁴⁶¹.

Habermas tem uma visão negativa de poder. Como se sabe, ele não trabalha com o sistema como categoria central de sua teoria do todo, mas sim com os conceitos de ação comunicativa, mundo da vida e sistema. A sua primeira providência é eliminar de sua perspectiva sistêmica as relações analógicas com os sistemas orgânicos, vez que só se tem acesso aos sistemas sociais a partir de uma posição comunicativa:

En cualquier caso, la concepción de las sociedades no puede conectar sin discontinuidades con la de los sistemas orgánicos, ya que, a diferencia de lo que acontece con las estructuras biológicas, las estructuras que los sistemas acción exhiben, no resultan accesibles a la observación y hay que abrirse paso hasta ellas hermenéuticamente, esto es, desde la perspectiva interna de sus miembros. Las entidades a subsumir bajo categorías propias de la teoría de sistemas desde la perspectiva externa de un observador, tienen que haber sido identificadas *previamente* como mundos de la vida de grupos sociales y haber sido entendidas en sus estructuras simbólicas [grifos do autor]⁴⁶².

Nessa perspectiva, os componentes estruturais do mundo da vida – a sociedade, a cultura e a personalidade – não estão diferenciados em subsistemas. Enquanto que o sistema segue uma lógica de evolução em direção à complexidade, o mundo da vida segue uma lógica de evolução em direção à maior racionalidade. Sistema e mundo da vida conectam-se, todavia, no plano analítico, quando se tem que explicar o mecanismo de diferenciações que levam ao despregamento de determinados sistemas de ação estruturados com o todo. esses sistemas, em razão do enfoque que Habermas dá, têm de estar ligados, de outra banda, com a institucionalidade do mundo da vida; eles têm de legitimar-se.

⁴⁶¹ Parte dessas reflexões são aproveitadas da dissertação de mestrado do autor. As questões gerais foram mantidas em sua redação original, enquanto que as específicas foram reescritas. Ver RECK, Janriê Rodrigues. **Dissertação de Mestrado**. Inédita. A Construção da Gestão Pública Compartida: o uso da proposição habermasiana da ação comunicativa na definição e execução compartilhada do interesse público. Santa Cruz do Sul, 2006. Orientador Prof. Dr. Rogério Gesta Leal.

⁴⁶² HABERMAS, Jürgen. **Teoría de la Acción Comunicativa, II: crítica de la razón funcionalista**. Madrid: Taurus, 1999. p.214.

Esse autor pretende provar que, na evolução social, sistema e mundo ancoraram-se mutuamente, mas que, na modernidade, cuja pretensão maior era a total liberdade comunicativa, os sistemas predominam por sobre o mundo da vida.

A evolução permite a formação de sociedades altamente complexas, capazes de fazer quase uma tábula rasa de seu passado, racionalizando-se. Por outro lado, esses subsistemas perderam suas conexões normativas com o todo.

Mientras que en las sociedades tradicionales el Estado constituye una organización en que se *concentra* la capacidad de acción del colectivo, esto es, de toda la sociedad, las sociedades modernas renuncian a la acumulación de funciones de control en el marco de una única organización. Las funciones relevantes para la sociedad global se distribuyen entre distintos sistemas de acción. Con la administración pública, con el ejército y con la administración de justicia, el aparato estatal se especializa en la realización de fines colectivos a través de decisiones vinculantes. Otras funciones quedan despolitizadas y transferidas a *subsistemas no-estatales*⁴⁶³.

Esse sistema não-estatal a que se refere Habermas é o econômico:

El sistema económico capitalista marca la eclosión de esse nuevo nivel de diferenciación sistémica; debe su nacimiento a un nuevo mecanismo, al medio de control sistémico que es el dinero. Este medio se especializa en la función que para la sociedad global representa la actividad económica, transferido ahora por el Estado, y se convierte en base de un subsistema emancipado de contextos normativos. A diferencia del Estado tradicional, la economía capitalista ya no puede entender como un orden institucional; lo que se institucionaliza es el medio de cambio, mientras que el sistema diferenciado a través de ese medio representa en su conjunto un fragmento de socializad exenta de contenido normativo⁴⁶⁴.

Somente quando o dinheiro se consolida como um meio intersistêmico de intercâmbio, é que o mercado – que sempre existiu – se autonomiza perante o Estado e a esfera privada. A Moral e o Direito acabam por ter a função de fazer um acoplamento entre mundo da vida e sistemas diferenciados.

Ao mesmo passo que o desencantamento provoca a generalização da ação comunicativa, diante da carência de meios de solidariedade, de outro lado, a maior abstração moral, afastando-se de um regramento concreto da vida, propõe

⁴⁶³ HABERMAS, Jürgen. **Teoria de la Acción Comunicativa, II**: crítica de la razón funcionalista. Madrid: Taurus, 1999. p.241.

⁴⁶⁴ HABERMAS, Jürgen. **Teoria de la Acción Comunicativa, II**: crítica de la razón funcionalista. Madrid: Taurus, 1999. p.241-242.

a separação entre a ação comunicativa e a ação instrumental, a qual leva ao desacoplamento entre integração social e sistêmica.

Este desacoplamiento presupone en el plano de la interacción una diferenciación no sólo entre acción orientada al éxito y orientada al entendimiento, sino también entre los correspondientes *mecanismos de coordinación de la acción*, según sea la forma en que ego mueve a alter a proseguir la interacción y la base sobre que se forman las orientaciones de acción generalizadas de alter. Sobre la base de unas orientaciones de acción cada vez más generalizadas se teje una red cada vez más tupida de interacciones que escapan a un control normativo directo y que tienen que ser coordinadas *por otras vías*. Para satisfacer esta creciente necesidad de coordinación puede echarse mano, o bien del entendimiento lingüístico, o bien de mecanismos de descargas que reducen las expensas en comunicación y de los riesgos del disentimiento [grifos do autor]⁴⁶⁵.

Existem dois desses mecanismos de descarga, consubstanciados em meios de comunicação⁴⁶⁶ que substituem o entendimento lingüístico.

Trata-se do dinheiro e do poder. Nesses subsistemas, o entendimento é substituído por ações racionais com vistas a fins, de tal modo que substituem a linguagem como entendimento. Assim, quem utiliza o dinheiro para provocar determinada ação não precisa defender dadas pretensões de validade; idem no que toca ao poder. À medida que a ação instrumental se generaliza a partir desses meios de comunicação, o mundo da vida se tecnifica, i.e., cada vez mais esferas perdem possibilidade de controle prático-moral. Ao passo que não é mais necessário justificar as ações, não “se pueden atribuirse a la responsabilidad de nadie”⁴⁶⁷. Obviamente que, quando não é mais necessário justificar-se a ação, implementa-se uma menoridade de espírito nos sujeitos que atuam. Todavia, nesses subsistemas, dá-se por justificadas as ações com base naqueles meios generalizados de comunicação, sem que se examinem as pretensões de

⁴⁶⁵ Adaptado de HABERMAS, Jürgen. **Teoría de la Acción Comunicativa, II: crítica de la razón funcionalista**. Madrid: Taurus, 1999. p.255.

⁴⁶⁶ MCCARTHY, Thomas. **La Teoría Crítica de Jürgen Habermas**. Madrid: Tecnos, 1998. p.471: “En varios respectos se produce un desacoplamiento entre la acción y las tomas de postura de afirmación o negación frente a pretensiones de validez susceptibles de crítica, con lo cual estos medios neutralizan la habitual necesidad de consenso que caracteriza al mundo de la vida. Estos medios “codifican” ciertas formas de actividad racional con arreglo a fines, generalizan simbólicamente determinadas categorías de recompensas y castigos, y permiten ejercer una influencia estratégica sobre la acción a través de medios no lingüísticos. Además, las interacciones regidas por medios pueden concatenarse en redes funcionales cada vez más complejas, sin que nadie pueda tenerlas presentes en conjunto o considerarse responsable de ellas. El ejemplo más claro de un medio de esta especie es el dinero.”

⁴⁶⁷ Adaptado de HABERMAS, Jürgen. **Teoría de la Acción Comunicativa, II: crítica de la razón funcionalista**. Madrid: Taurus, 1999. p.261-261.

validade. Daí a sociedade atual ser tão conformada (em um sentido habermasiano, como não-conhecimento de sua própria miserabilidade, cumulada com a apatia da ação) e ser tão difícil a abertura de novas vias, vez que essas se convertem na linguagem dos meios de comunicação:

El resultado de ello es una *violencia estructural* que, sin hacerse manifiesta como tal, se apodera de la forma de la intersubjetividad del entendimiento posible. La violencia estructural se ejerce a través de una restricción sistemática de la comunicación; queda anclada de tal modo en las condiciones formales de la acción comunicativa, que para los participantes en la comunicación la conexión de mundo objetivo, mundo social y mundo relativo del entendimiento queda prejuzgada de forma típica [grifos do autor]⁴⁶⁸.

Assim como Parsons, Habermas percebe simetrias entre os caracteres do dinheiro com os do poder. Mas, por outro lado, percebe também assimetrias. No código do poder, por exemplo, pode-se exigir algo de outro em termos mais abertos, aos quais se pode resistir ou não. De todo modo, a ação é instrumental, de forma que a exigência de comportamento está livre da carga de justificação orientada ao entendimento.

Por outro lado, o poder não é mensurável como o dinheiro (porque não dispõe de um sistema de signos aceitos, como o dinheiro). Também o poder não pode circular tão facilmente como o dinheiro e tampouco pode ser “depositado”⁴⁶⁹. Continuamente precisa ser demonstrado e atualizado. O dinheiro está ancorado na institucionalidade, enquanto o poder, em Parsons, nos cargos públicos em organizações políticas. A necessidade de legitimação do poder é também muito maior que a do dinheiro, i.e., a relação de obediência só será constante se no, mínimo, for gerada uma idéia difusa de que os destinatários da norma também são seus fautores. A diferença de fundo entre esses dois meios de comunicação é, então, a forte ancoragem que o poder precisa ter, no processo comunicativo do mundo da vida, de formação de legitimidade do poder, ao contrário do dinheiro, cuja necessidade de legitimação é mais rarefeita.

A crítica de Habermas é a de que o abandono de um referencial normativo pela sociologia vai fazer com que se perceba a evolução social como

⁴⁶⁸ Adaptado de HABERMAS, Jürgen. **Teoria de la Acción Comunicativa, II: crítica de la razón funcionalista**. Madrid: Taurus, 1999. p.264.

⁴⁶⁹ HABERMAS, Jürgen. **Teoria de la Acción Comunicativa, II: crítica de la razón funcionalista**. Madrid: Taurus, 1999. p.385.

unidimensional, isso é, diferenciação pelo aumento da complexidade⁴⁷⁰. Habermas, como se sabe, percebe saltos qualitativos⁴⁷¹. Esta crítica é facilmente rebatida no sentido de que a observação sobre a qualidade é realizada a partir de sistemas funcionais cuja função – evoluída a partir do incremento de complexidade - é precisamente avaliar como bons ou ruins determinados comportamentos, como a Moral. Com relação à tendência à burocratização⁴⁷², Habermas concorda, desde que entendida como autonomia sistêmica perante o mundo da vida. O que importa ressaltar é que a integração comunicativa ainda é o fato gerador da solidariedade predominante, de modo que o processo de burocratização ainda não alcançou o seu ápice⁴⁷³. Assim, o crescente predomínio da razão instrumental em mais âmbitos do mundo da vida é sinal, não de uma racionalização, mas, sim, efeito de um desacoplamento entre sistema e mundo da vida. Sob esta perspectiva – a do mundo da vida -, é possível perceber uma maior tecnificação, mas não total domínio, na vida cotidiana. No quadro a seguir, é

⁴⁷⁰ HABERMAS, Jürgen. **Teoría de la Acción Comunicativa, II: crítica de la razón funcionalista**. Madrid: Taurus, 1999. p.435-436: “En cualquier caso, la tesis de la pérdida de libertad resulta más plausible si se considera la burocratización como señal de un nuevo nivel de diferenciación sistémica. Al diferenciarse los subsistemas Economía y Estado (a través de los medios dinero y poder) de un sistema institucional inserto en el horizonte del mundo de la vida, surgen *ámbitos de acción formalmente organizados*, cuya integración no discurre ya a través del mecanismo del entendimiento, que se disocian del mundo de la vida y que se coagulan en una socialización vacía de sustancia normativa [grifos do autor].”

⁴⁷¹ HABERMAS, Jürgen. **Para a Reconstrução do Materialismo Histórico**. São Paulo: Brasiliense, 1983. p.154-155: “Finalmente, na transposição do modelo biológico para o desenvolvimento social, surge uma outra dificuldade: a que resulta do fato de que do ponto de vista do aumento da complexidade não basta para designar patamares ou níveis evolutivos de desenvolvimento.”

⁴⁷² LEAL, Rogério Gesta. A Teoria do Conhecimento em Habermas: conceitos aproximativos. In: **Revista do Direito**, Santa Cruz do Sul, n. 17, p.17-31, jan./jun.2002. p.25: “Todavia, o que ocorre majoritariamente na formação do conhecimento ocidental a partir da Idade Moderna é o fato de que a racionalidade instrumental/estratégica que anima a força de produtiva dos mercados e do capital em expansão – maximizando o lucro e reduzindo as despesas e os riscos dos empreendimentos – vai-se impondo em face da racionalidade comunicativa – preocupada que está com a busca do entendimento sobre as condições ideais de vida e desenvolvimento da espécie como um todo. Decorre daí a prevalência de uma forma de visualização e mesmo compreensão do mundo, e das relações que nele se estabelecem, ancorada metodologicamente por um conhecimento cindido em sujeito que conhece e objeto que é conhecido – o primado do domínio econômico exploratório da natureza – formando-se o que Habermas passa a denominar ideologia tecnocrática.”

⁴⁷³ HABERMAS, Jürgen. **Teoría de la Acción Comunicativa, II: crítica de la razón funcionalista**. Madrid: Taurus, 1999. p.442-443: “A mi juicio, la debilidad metodológica del funcionalismo sistémico, cuando se presenta con pretensiones absolutistas, radica en que elige sus categorías teóricas *como si* ese proceso cuyos inicios describió Weber, estuviera ya cerrado, como si una burocratización total *hubiera* deshumanizado ya por completo la sociedad, la hubiera convertido en un sistema desprovisto de todo anclaje en un mundo de la vida comunicativamente estructurado y éste, a su vez, hubiera quedado degradado al *status* de un subsistema entre otros. esse “mundo administrado” era para Adorno una visión de máximo espanto; para Luhmann se ha convertido en un presupuesto trivial.”

possível observar as relações entre o sistema e o mundo da vida desde a perspectiva do sistema.

Ordens institucionais no mundo da vida	Relações de intercâmbio	Subsistemas regidos por meios
Esferas da vida privada	<p>1) Trabalhador</p> <p style="text-align: center;">Poder → Força de Trabalho</p> <p style="text-align: center;">← Dinheiro</p> <p style="text-align: center;">← Força de Trabalho</p> <p>2) Consumidor</p> <p style="text-align: center;">Dinheiro</p> <p style="text-align: center;">← Bens e serviços</p> <p style="text-align: center;">← Dinheiro</p> <p style="text-align: center;">→ Demanda</p>	Sistema econômico
Esferas da opinião pública	<p>1) Cliente</p> <p style="text-align: center;">Dinheiro</p> <p style="text-align: center;">←</p> <p style="text-align: center;">Impostos</p> <p style="text-align: center;">Poder</p> <p style="text-align: center;">→</p> <p style="text-align: center;">Políticas Públicas</p> <p>2) Cidadão</p> <p style="text-align: center;">Poder</p> <p style="text-align: center;">←</p> <p style="text-align: center;">Decisões políticas</p> <p style="text-align: center;">Poder</p> <p style="text-align: center;">→</p> <p style="text-align: center;">Lealdade da população</p>	Sistema Administrativo

Tabela 2 – Ordens institucionais e relações básicas⁴⁷⁴

Note-se que, ao contrário da força de trabalho, a legitimidade não pode ser “comprada”. Mas a tese a principal de Habermas não é essa. Sua tese principal é a de que, no momento em que se estabelece a reprodução social como fruto da ação comunicativa como o *standart*, a integração sistêmica, baseada na razão instrumental, e que se insinua com cada vez mais força, gera “efectos laterales patológicos”⁴⁷⁵.

Um desses efeitos laterais, pertinente a esse trabalho, é o da reinterpretação da “perda de sentido”. No momento em que a ação instrumental é a única entendida como permitida em um mundo racionalizado, a burocratização do mundo da vida parece inevitável, o que gera uma deslegitimação do poder público, vez que parece ser impossível a inclusão de qualquer elemento ético na política. Esses meios, dinheiro e poder, provocam no mundo da vida uma racionalização seletiva, onde, por exemplo, o dinheiro faz com que se atue dentro das relações familiares a partir de critérios utilitaristas (um exemplo disso é a crescente “monetarização” de demandas familiares no âmbito da justiça), e o poder provoca a adesão a um saber de especialistas, desconectados de uma razão comunicativa⁴⁷⁶. esse abandono de uma perspectiva ética reflete-se em desânimo com relação à racionalidade prática, prejudicando, de certo modo, a implantação e estabilização da Gestão Pública Compartida.

Habermas ressalva que, ao mesmo passo que os subsistemas agem, um outro evento paralelo ocorre de maneira independente: é o empobrecimento

⁴⁷⁴ HABERMAS, Jürgen. **Teoria de la Acción Comunicativa, II**: crítica de la razón funcionalista. Madrid: Taurus, 1999. p.454.

⁴⁷⁵ HABERMAS, Jürgen. **Teoria de la Acción Comunicativa, II**: crítica de la razón funcionalista. Madrid: Taurus, 1999. p.457.

⁴⁷⁶ LEAL, Rogério Gesta. A Teoria do Conhecimento em Habermas: conceitos aproximativos. In: **Revista do Direito**, Santa Cruz do Sul, n. 17, p.17-31, jan./jun.2002. p.27: “Como sustenta o autor, esse tipo de ideologia tecnocrática impede a tematização discursiva do político, excluindo da comunicação pública certas temas e motivos inconvenientes para o sistema de poder, e que poderiam, precisamente, levar os indivíduos a promoverem a abertura de discursos problematizadores. Esses temas censurados são retirados da linguagem pública. Nas condições do capitalismo tardio, portanto, a luta política se desdobra em vários planos: o da ação estratégica; o da elucidação pedagógica (discurso “terapêutico”), a fim de neutralizar uma ideologia – a tecnocrática – que tenta legitimar o poder com a estratégia, historicamente nova, de negar a existência de um poder a ser legitimado; e o dos discursos práticos a serem conduzidos entre todos aqueles que sejam “discursivamente competentes”, e que deveriam, idealmente, incluir todos os interessados.”

cultural – evento paradoxal, diante da revolução do ensino, a qual levou o ensino básico à totalidade da população e o universitário a considerável parte⁴⁷⁷. Em realidade, essa mesma revolução contribuiu para a formação de *experts*, incapazes de fazer as conexões entre questões de gosto, verdade e retidão. esse é o empobrecimento do mundo da vida: não a diferenciação em questões de verdade, sinceridade ou gosto e retidão, mas, sim, a incapacidade de formação de referenciais noéticos a partir da conjunção desses e a falta de conexão das cada vez mais impressionantes descobertas, nessas áreas, com o grande público. Obviamente que isso é um grande fracasso para os iluministas e para outros modernos, como Marx, que buscavam a ligação da filosofia com a prática.

Los procesos de entendimiento, en torno a los cuales se centra el mundo de la vida, necesitan de una tradición cultural *en toda su latitud*. En la práctica comunicativa cotidiana tienen que combinarse y fundirse entre sí interpretaciones cognitivas, expectativas morales, manifestaciones expresivas y valoraciones, y, a través de las transferencias de validez que la actitud realizativa permite, constituir un todo racional. Esta infraestructura comunicativa se ve amenazada por dos tendencias que se compenetran y refuerzan mutuamente: por una *cosificación inducida sistémicamente* y por un *empobrecimiento cultural* [grifos do autor]⁴⁷⁸.

Nas sociedades modernas, os conflitos entre os sistemas que necessitam legitimação e a sua intervenção no mundo da vida desembocam em paradoxos conhecidos, como a incompatibilidade entre um mercado regido pela ação instrumental e um Direito que pretende formado comunicativamente e que influi sobre esse mercado. Sob outra perspectiva, existe, também, a tensão entre um poder burocratizado que se legitima a partir de uma opinião pública e que atua em direção à própria, burocratizando-a⁴⁷⁹. No Estado social, esse processo adquire cores interessantes, porque a tensão trabalhador-consumidor assume seu par neutralizador na relação cidadão-cliente da burocracia⁴⁸⁰.

⁴⁷⁷ HABERMAS, Jürgen. **Teoria de la Acción Comunicativa, II: crítica de la razón funcionalista**. Madrid: Taurus, 1999. p.462.

⁴⁷⁸ HABERMAS, Jürgen. **Teoria de la Acción Comunicativa, II: crítica de la razón funcionalista**. Madrid: Taurus, 1999. p.464.

⁴⁷⁹ PINTO, F. Cabral. **Leituras de Habermas: modernidade e emancipação..** Coimbra: Fora do Texto, 1992. p.179: “Uma vez que exista um opinião pública despolitizada, a separação hegeliano-liberal entre sociedade civil e Estado pode ser de novo afirmada, agora no sentido positivo de uma cooperação necessária entre as forças organizadas de uma sociedade e um poder estatal exercido por especialistas sócio-politicamente neutros.”

⁴⁸⁰ HABERMAS, Jürgen. **Teoria de la Acción Comunicativa, II: crítica de la razón funcionalista**. Madrid: Taurus, 1999. p.495: “La implantación de los derechos políticos fundamentales en el

O fenômeno da tecnificação, induzido tanto pelos sistemas como pela perda de sentido do mundo da vida, traduz-se, ao mesmo tempo, em um prestígio *a priori* das ciências duras – dado seu visível sucesso e repercussões no desenvolvimento de novas facilidades materiais –, que gera um desânimo com relação à racionalidade prática, e em uma extensão não apenas de uma metodologia mecanicista (paulatinamente sendo superada) – isso é secundário, mas sim, e principalmente, na extensão da racionalidade instrumental dominada por especialistas a outros âmbitos do mundo da vida, notadamente no que toca à racionalidade prática, que, aliás, é vista pelo senso comum como de impossível racionalização.

Por consiguiente, según los principios de una teoría analítica de la ciencia, aquellas cuestiones empíricas que no puedan plantearse y resolverse en forma de tareas técnicas no tienen derecho a esperar de la teoría ninguna respuesta. Todas las preguntas prácticas que no puedan responderse de modo suficiente mediante recomendaciones técnicas, sino que requieren también una autocompreensión en una situación concreta, sobrepasan desde el principio el interés de conocimiento investido de ciencia empírica. El único tipo de ciencia admitido por el positivismo no es dueño de considerar racionalmente tales cuestiones.[...] las cuestiones prácticas [...] no son susceptibles de una discusión vinculante y en última instancia han de ser decididas⁴⁸¹.

Carlo Amirante aponta esse domínio dos *experts* inclusive no seio da União Europeia⁴⁸². Os *experts*, em detrimento da discussão democrática, vêm erodindo as parcas conquistas do Estado social ao modificarem o conceito e o regime jurídico do serviço público⁴⁸³ – com isso levando a Democracia ao seu declínio.

marco de la Democracia de masas significa, por un lado, la generalización del rol de ciudadano, pero, por otro, significa también la segmentación de ese rol respecto a los procesos efectivos de decisión, significa que la participación política queda vacía de contenidos participatorios. Legitimidad y lealtad de la población se funden en una amalgama que los afectados ya no pueden analizar, que no pueden descomponer en sus ingredientes críticos.”

⁴⁸¹ HABERMAS, Jürgen. **Teoria Y Praxis**. Madrid: Tecnos, 1987. p.298.

⁴⁸² AMIRANTE, Carlo. **Unões Supranacionais e Reorganização Constitucional do Estado**. São Leopoldo: Unisinos, 2003. p. 107: “Entre as conseqüências – talvez nem sempre desejadas, mas reconhecidas por muitos – da nova centralização dos *managers* e da Administração Pública, existe a radical transformação da Democracia. Mesmo aceitando a mudança de relações entre política e administração, em particular entre os funcionários de escalão político e os *managers* sempre mais presentes nas administrações públicas, ainda restam, não apenas em aberto, mas muitas vezes enfrentados de forma inadequada, os problemas de capacidade e dos limites do setor público”.

⁴⁸³ AMIRANTE, Carlo. **Unões Supranacionais e Reorganização Constitucional do Estado**. São Leopoldo: Unisinos, 2003. p.108: “No flanco ovisto dos rígidos imperativos de mercado,

Obviamente que as questões de políticas públicas continuam sendo decisões vinculantes entre alternativas várias e, nesse sentido, são um exercício de racionalidade prática. Mas, em nível de autocompreensão social, as decisões políticas superiores são vistas como irracionais –, tomadas por um povo manipulado ou um líder totalitário ou carismático – e às decisões em termos de políticas públicas, notadamente no que toca as da política econômica, tomadas cientificamente, à moda observacional. A imagem da ciência é instrumentalizada, e a política se burocratiza em racionalidade instrumental

Essa transição deita raízes em uma primeira dessublimação levada a cabo pela ideologia liberal da troca justa, a qual superara a abstração da política teológica e metafísica.

O capitalismo [...] oferece uma legitimação da dominação que já não desce do céu da tradição cultural, mas que surge da base do trabalho social. A instituição do mercado em que proprietários privados trocam mercadorias, que inclui um mercado em que pessoas privadas e sem propriedade trocam como única mercadoria a sua força de trabalho, promete a justiça da equivalência nas relações de troca. Com a categoria da reciprocidade, também esta ideologia burguesa transforma ainda em base da legitimação um aspecto da ação comunicativa. Mas o princípio da reciprocidade é agora princípio de organização dos próprios processos de produção e reprodução social. Por conseguinte, a dominação política pode doravante legitimar-se a "partir de baixo" em vez de ser "a partir de cima" (apelando para a tradição cultural)⁴⁸⁴.

Claro que a ideologia da troca justa é facilmente desmascarada como também da metafísica. Como era impossível um retorno à metafísica teológica, e questões práticas consideravam-se irracionais, fica fácil explicar, nessa via, o fenômeno da tecnificação pelo saber de especialistas da Administração Pública, pois a racionalidade instrumental fora a alternativa a uma racionalidade desencantada. esse é, afinal, o resumo da tese de Weber⁴⁸⁵. A Administração Pública vai buscar, assim, racionalmente, encontrar os meios técnico-científicos

entendidos como princípios-guia da União Européia, está o problema da cidadania (européia) e dos direitos fundamentais, a partir do momento em que a doutrina do primado do ordenamento comunitário sobre o ordenamento interno, em particular do direito dos tratados sobre as constituições dos Estados-membros, acabou de fato por implicar progressivamente (ao menos em relação ao mercado, ao comércio, à livre circulação de pessoas, capitais, bens e serviços) também o deslocamento do âmbito estatal ao âmbito comunitário da tutela das liberdades, dos direitos fundamentais (sobretudo daqueles econômico-sociais) e, mais em geral, dos direitos da pessoa, com dúvidas a respeito da praticabilidade de tais direitos."

⁴⁸⁴ HABERMAS, Jürgen. **Técnica e Ciência como 'Ideologia'**. Lisboa: Edições 70, [s.d.]. p.64.

⁴⁸⁵ WEBER, Max. **Economía y Sociedad**. México, D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1999.p.20.

capazes de satisfazer os fins irracionalmente vistos pela política. A racionalidade do cálculo capitalista e da ação instrumental torna-se um marco referencial para âmbitos do mundo da vida antes regidos por uma ação interacional⁴⁸⁶.

A dominação em termos de Democracia formal, própria dos sistemas do capitalismo regulado pelo Estado, encontra-se sob uma necessidade de legitimação, que já não pode resolver-se pelo recurso à forma pré-burguesa de legitimação. Assim, para o lugar da ideologia da troca livre, entra um *programa substitutivo* que se orienta pelas conseqüências sociais, não da instituição do mercado, mas de uma actividade estatal que compensa as disfunções do intercâmbio livre. Esse programa vincula o momento da ideologia burguesa do rendimento (que, sem dúvida, desloca a atribuição de estatuto segundo a medida do rendimento individual desde o mercado para o sistema escolar) com a garantia de um mínimo de bem-estar da estabilidade no visto de trabalho e da estabilidade dos rendimentos. Semelhante programa substitutivo obriga o sistema de dominação a manter as condições de estabilidade de um sistema global que garante a segurança social e as oportunidades de promoção pessoal, e a prevenir os riscos do crescimento. Isso exige um espaço de manipulação para as intervenções do Estado que, à custa da limitação das instituições do Direito Privado, asseguram, no entanto, a forma privada da revalorização do capital e *vinculam esta forma ao assentimento das massas* [grifos do autor]⁴⁸⁷.

Se o pano de fundo da era do Estado de bem-estar modificou-se, como se modificaram os conteúdos dos discursos legitimadores desse Estado, seguramente, todavia, é possível fundamentar-se que a estrutura de legitimação continua a mesma na ordem neoliberal: uma decisão política na contingência é arrogada como científica⁴⁸⁸ dentro de um âmbito de desprezo generalizado à

⁴⁸⁶ HABERMAS, Jürgen. **Técnica e Ciência como 'Ideologia'**. Lisboa: Edições 70, [s.d.] p.65-66: "A *partir de baixo*, surge uma permanente pressão adaptativa logo que, com a institucionalização de um intercâmbio territorial de bens e da força de trabalho, por um lado, e da empresa capitalista, por outro, se impõe a nova forma de produção. No sistema do trabalho social, fica assegurado o progresso cumulativo das forças produtivas e, assim, uma expansão horizontal dos subsistemas de ação racional teleológica - sem dúvida, à custa de crimes econômicos. Por esse meio, as formas tradicionais sujeitam-se cada vez mais às condições da racionalidade instrumental ou estratégica: a organização do trabalho e do tráfico econômico, a rede de transportes, de notícias e da comunicação, as instituições do direito privado e, partindo da administração das finanças, a burocracia estatal. Surge, desse modo, a infraestrutura de uma sociedade sob a coação à modernização. Ela apodera-se, pouco a pouco, de todas as esferas vitais: da defesa, o sistema escolar, da saúde e até da família, e impõe tanto na cidade como no campo como uma urbanização da *forma* de vida, isso é, subculturas que ensinam o indivíduo a poder "deslocar-se" em qualquer momento de um contexto de interação para a ação racional teleológica [grifos do autor]".

⁴⁸⁷ HABERMAS, Jürgen. **Técnica e Ciência como 'Ideologia'**. Lisboa: Edições 70, [s.d.] p.70.

⁴⁸⁸ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia II**: entre faticidade e validade. v.I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p.83. "O reducionismo cognitivista e empresarial dos discursos neocorporativistas considera a sintonia entre sistemas apenas pelo ângulo dos problemas de coordenação funcional. Ou seja, o saber relevante para a regulação, produzido por vários grupos de especialistas, deve ser transformado em políticas e traduzido em programas jurídicos através de juristas esclarecidos pela teoria do sistema. Essa concepção apóia-se na idéia não realista de

ideologia e à política (e com a vigência de uma idolatria à técnica e à ciência⁴⁸⁹). Qualquer outra alternativa à burocratização de matiz neoliberal é, de antemão, descartada como “ideológica” ou “política”, sendo a discussão restrita aos melhores meios técnicos de alcançar-se o resultado apoliticamente (ou decisionisticamente, uma vez que a discussão das razões da ação está ‘proibida’)⁴⁹⁰, além de altamente centralizada. Não é necessário fundamentar fortemente tais assertivas, eis que observáveis na prática cotidiana dos noticiários.

Tem-se, então, sedimentada uma prática administrativa tecnoburocrática⁴⁹¹ que encontra legitimação no meio social – sendo criticada, no mais das vezes, no sentido de seus altos custos e ineficiência. Ou seja, também a crítica da Administração se faz em termos de ação instrumental.

que o saber dos especialistas, mobilizado profissionalmente, pode prescindir de valores e pontos de vista morais. No entanto, a partir do momento em que se apela para um saber especializado, a fim de tratar de problemas relevantes para a regulação da política, percebe-se que ele possui um teor normativo que desencadeia controvérsias polarizadoras entre os próprios especialistas. Questões de coordenação funcional, elaboradas politicamente, estão *entrelaçadas* com a dimensão ética e moral da integração social; isso decorre do fato de que, para percebermos as conseqüências de uma integração insuficiente do sistema, temos que recorrer ao pano de fundo do mundo da vida, ou seja, a interesses feridos ou identidades ameaçadas.”

⁴⁸⁹ MCCARTHY, Thomas. **La Teoría Crítica de Jürgen Habermas**. Madrid: Tecnos, 1998. p.28: “En nuestro tiempo, el desarrollo de las ciencias sociales como ciencias aplicadas al servicio de la administración se nutre de una tendencia afín a excluir de la reflexión racional los fines de la práctica política y a abandonarlos al resultado de la pugna entre los grupos de presión existentes. Pero los modelos decisionistas de la relación entre experiencia técnica y práctica política están siendo crecientemente sustituidos por modelos tecnológicos, en los que la necesidad objetiva revelada por los expertos parece predominar sobre las decisiones de los líderes.”

⁴⁹⁰ HABERMAS, Jürgen. **Teoría Y Praxis**. Madrid: Tecnos, 1987. p.299-300: “Un *decisionismo* elevado a concepción del mundo no vacila ya en reducir las normas a decisiones. En la forma, surgida del análisis del lenguaje, de una Ética no cognitiva, el complemento decisionista de una ciencia restringida a la manera positivista viene él mismo concebido en forma positivista [...] Desde el momento en que determinados juicios de valor fundamentales se toman como axiomas, es posible analizar concluyentemente un nexo deductivo de proposiciones correspondiente a aquéllos; sin embargo, tales principios no son accesibles a una aprehensión racional: su aceptación descansa exclusivamente en la decisión [...] las decisiones relevantes para la práctica vital, ya consistan en la aceptación de valores, en la elección de un proyecto de historia vital o en la elección de un enemigo, no son accesibles a un debate racional ni susceptibles de un consenso racionalmente motivado” [grifos do autor].”

⁴⁹¹ MCCARTHY, Thomas. **La Teoría Crítica de Jürgen Habermas**. Madrid: Tecnos, 1998. p.30: “Tanto los modelos decisionistas como los modelos tecnocráticos de la práctica política reflejan la transformación de las cuestiones prácticas en cuestiones técnicas y su consiguiente exclusión de la discusión pública. En los primeros, la única función de la ciudadanía es legitimar a los grupos dirigentes mediante aclamación a través de plebiscitos periódicos. Las decisiones políticas mismas caen fuera de la autoridad de la discusión racional en la esfera pública; el poder puede ser racionalizado, pero una vez más sólo a expensas de la Democracia. La reducción del poder político a administración racional – esto es, a una administración guiada por la visión teórica de lo que es objetivamente necesario (para la estabilidad, la adaptabilidad, el crecimiento, etc.) – priva a la esfera pública de toda función, salvo la de legitimar al personal administrativo y la de juzgar las cualificaciones profesionales de los dirigentes.”

O serviço público é percebido através desse ideário tecnicista. O conceito de serviço público opera a partir de descrições que abstraem os conflitos políticos e os problemas de legitimidade do serviço público. O Direito, é claro, faz isso para poder operar na complexidade do mundo. Entretanto, a missão de uma teoria que possa ser classificada como auto-observação do Direito é justamente inserir esses excedentes de possibilidade que *podem* influenciar na evolução do sistema. Aqui está a se criticar justamente o tecnicismo instrumental, tanto da maneira como o serviço público opera quanto da maneira como são formadas as descrições sobre serviço público no sistema jurídico.

O poder, assim como em Luhmann, envolve a lealdade dos cidadãos. Do mesmo modo que o poder é uma “dos cidadãos para o sistema político”, visto que envolve a disponibilidade do cidadão em obedecer, o ele também faz o caminho inverso, isso é, do sistema político ao cidadão. O serviço público, portanto, compreende uma perspectiva do poder em duas vias, isso é, trata-se de um exercício de um poder e, ao mesmo tempo, de uma recompensa pelo exercício do poder. O conceito de serviço público dogmático por vezes reflete isso, estabelecendo termos, tais como “em benefício dos cidadãos”, ou mencionando o caráter “compulsório” de determinados serviços públicos.

A descrição de Habermas é importante porque incorpora mecanismos de autodescrição, tanto do Direito quanto da política. Esses mecanismos se refletem em espaços de crítica da razão instrumental. Sob um viés sistêmico, significa refutar operações que não se explicam, isso é, operações que não tenham a consistência entendida como devida. Conforme a descrição de Habermas, o poder, dentre os meios generalizados de comunicação, é o que mais necessita de legitimação. Para Habermas, desse modo, o serviço público, se for entendido como exercício de poder, tem de legitimar-se.

Essa preocupação com a legitimação e com a interação entre os sistemas foi objeto de análise de Luhmann. Novamente, é necessário trazê-lo à baila para o estabelecimento dos marcos dos conceitos da análise sobre os acoplamentos estruturais do sistema a partir do serviço público.

6.2 Serviço público como acoplamento entre Direito e Política

A primeira questão é que a sociedade de Luhmann é omniabarcadora, abrangendo todas as comunicações possíveis. Seus sistemas funcionais são sensíveis a determinadas questões e indiferentes a outras. Daí a razão pela qual não há um centro ou cabeça na sociedade. Cada sistema representa a si mesmo e é central a partir de sua perspectiva à sociedade: “La sociedad moderna es un sistema sin portavoz e sin representación interna”⁴⁹².

Ocorre que existe uma dissonância extremamente elevada no que toca à descrição do modo como são tomadas decisões no seio dos sistemas sociais. Existe uma visão “legal”, que prefere utilizar a palavra “Estado” e que mais contemporaneamente tem de dar conta dos fenômenos de mundialização; e uma visão politóloga e sociológica que se utiliza da idéia de sistema político⁴⁹³. O Estado, como comunicação que é, só pode ser um “Estado da sociedade” – opinião que contrasta com a visão ordinária de distinção Estado/sociedade civil – muito embora esta tenha alguma valia dentro das teorias de autodescrição da Política e do Direito:

Los alemanes piensan lo político a través del Estado, los franceses a través de la Constitución. El siglo XIX resuelve el problema antiguo de la tradición política entre *oikos* y *polis* mediante una nueva diferencia: Estado/sociedad. En ese entendimiento el Estado asume la posición central puesto que el concepto de producción es entendido de manera exclusivamente económica. El Estado es el garante de todo el orden de la sociedad – aunque en la realidad nunca lo haya sido, ya que el comercio siempre se efectuó fuera de los límites regionales del Estado -. El Estado en todo caso está concebido en calidad de corrector de las desviaciones del desarrollo económico y esto tuvo que ver con que el concepto de economía, habiendo estado circunscrito a la producción casera, se transforma ahora en economía internacional – en palabras de Adam Smith, se

⁴⁹² LUHMANN, Niklas. **Teoría Política en el Estado de Bienestar**. Madrid: Alianza Universidad, 2002. p.44.

⁴⁹³ LUHMANN, Niklas. **Essays on Self-Reference**. New York: Columbia Press, 1990. p.165: “Today the theory of the state and the theory of political systems belongs to different realms of scientific discourse. Political scientists and sociologists are used to speaking of political systems. Within the legal discourse, at least in Europe, the notion of the state is preferred – partly because it is used by the law itself and partly because it retains a tradition of speaking about the central focus of all political activities.”

trata de la *commercial society*-⁴⁹⁴

Luhmann intitula seu capítulo de maneira extremamente provocativa, como “Estado” do sistema político”, colocando o Estado como construção interna do sistema político. Se o serviço público existe também no sistema político – e não se duvide –, no sistema jurídico, trata-se de um acoplamento estrutural.

Para Luhmann, “Estado” é uma autodescrição do sistema político. Não é um subsistema da Política e, tampouco, do Direito. O sistema da política é especializado na produção de decisões vinculantes para toda a sociedade. Tem, como todo sistema, complexos de formação de imagens que reentram no próprio sistema. esse é o caso do Estado e suas diferentes formas, como Estado de Direito, Estado Social, etc⁴⁹⁵.

Sobre o Estado de Direito, Luhmann afirma que

Para el sistema político que se autodenomina Estado, la fórmula Estado de Derecho expresa, así mismo, una condición para el aumento de complejidad. El derecho se encuentra sólo disponible como ámbito político de acción, cuando y hasta donde el sistema político le permita al derecho realizarse como derecho; es decir, cuando el sistema político no aplica la fuerza pública en forma ilegal. Por lo tanto, según sea el sistema de referencia, la fórmula Estado de Derecho significa diferentes cosas. La expresión anuda lo diverso en una fórmula(en un esquema –se podría decir), y permite expresar también que tanto el sistema jurídico como el político no serían lo que son sin el otro correspondiente [...] En resumen: la fórmula Estado de Derecho expresa una relación parasitaria entre política y derecho. El sistema político se beneficia con el hecho de que en otra parte (en el derecho) se encuentra codificada y administrada la diferencia entre o que es conforme a derecho/y lo discrepante. A la inversa, el sistema jurídico se beneficia con el hecho de que la paz –la diferencia de poderes claramente establecida y el hecho de que las decisiones se puedan imponer por la fuerza –está asegurada en otra parte: en el sistema político. El término “parasitario” no expresa otra cosa, aquí, que la posibilidad de crecer gracias a una diferencia externa⁴⁹⁶.

⁴⁹⁴ NAFARRATE, Javier Torres. **Luhmann**: la política como sistema. México: UNAM, 2004. p.84-85.

⁴⁹⁵ LUHMANN, Niklas. **Essays on Self-Reference**. New York: Columbia Press, 1990. p.166-167: “[...] we can see the formula *state* as a self-description of the political system [...] The state, then, is not a subsystem of the political system. It is not the public bureaucracy. It is not only the legal fiction of a collective person to which decisions are attributed. It is the political system reintroduced into the political system as a point of reference for political action.”

⁴⁹⁶ LUHMANN, Niklas. **El Derecho de la sociedad**. Universidad Iberoamericana: México, 2002. p.492.

O Estado, portanto, é uma autodescrição do sistema da política onde é possível criar um centro de legitimidade, produção de decisões vinculantes ou mesmo como centro de críticas voltadas à transformação da sociedade e, finalmente, como um *locus* do meio não completamente especializado do Poder:

In the case of the *function system of politics* there is no exact isomorphy but perhaps exact functional equivalents. There is no exact isomorphy because the communication medium of power does not possess the same technical precision or highly integrative capacity as money. The use of power is not *eo ipso* a political phenomenon. Therefore the system's unity in this system must be introduced via an additional self-description in order to provide a point of reference for the self-referential processing of information. This function is fulfilled by the concept of the *state*⁴⁹⁷.

Uma observação adicional perceberia que não são só as organizações dentro do contexto Estado que realizam o que se chama “serviço público”. A ONU, através de suas instituições, assim como as organizações regionais, como a União Europeia, realiza uma série de serviços públicos na área de fiscalização sanitária, monitoramento e regulação da economia, assistência social, segurança alimentar, entre outros serviços, que, se fossem realizados por um Estado, certamente seriam chamados de serviço público, mas que, como são prestados por entidades “governamentais” não estatais, geram certa ambigüidade com relação ao uso do conceito. Existe, nos dias atuais, um reclame por um Direito Administrativo cosmopolita – inclusive suas categorias fundamentais, como o serviço público⁴⁹⁸.

Interessante notar que a fórmula “Estado de Direito”, de Luhmann, aproxima-se da de Habermas, como um amálgama de Direito e Política⁴⁹⁹.

⁴⁹⁷ LUHMANN, Niklas. **Social Systems**. Stanford: Stanford University Press, 1995. p. 462.

⁴⁹⁸ PUIGPELAT, Oriol Mir. **Globalización, Estado y Derecho**. Las transformaciones recientes del Derecho administrativo. Madrid: Civitas, 2004. p.211: “Es necesario, em definitiva, tender *hacia una Administración Pública y um Derecho Administrativo globales*, no circunscrito al estricto ámbito nacional.”

⁴⁹⁹ LUHMANN, Niklas A Restituição do Décimo Segundo Camelo: do Sentido de uma Análise Sociológica do Direito. LOPES JÚNIOR, Dalmir; ARNAUD, André-Jean (orgs). **Niklas Luhmann: do Sistema Social à Sociologia Jurídica**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004. p.95: “Hoje a fórmula do “Estado de Direito” implica que a totalidade das decisões coletivas-obrigatórias do sistema político (naturalmente não se refere a todas as decisões do sistema político) igualmente deve desenvolver no interior do sistema jurídico. A modificação do Direito é, portanto, provida de estímulo tanto quanto de freios político.”

Dentro do sistema da política, o Estado ou organizações estataliformes como as organizações internacionais, aparecem como centro do sistema. A questão da Administração Pública parece estar ligada a essa problemática, mas isso é algo a se ver mais adiante.

A política é um sistema⁵⁰⁰ cuja função é a tomada de decisões vinculantes para toda a sociedade: “El sistema político es un fenómeno de diferenciación interno a la sociedad.”⁵⁰¹ Possui um *médium* predominante que é o poder e está codificado sob a forma governo/oposição (desenvolvimento do código governantes/governados). Seu símbolo é o da legitimidade.

De fato, assim como o Direito tem seus símbolos de justiça e validez, o sistema político adquire uma fórmula de contingência que se consustancia na legitimidade:

La legitimidad se produce en referencia a los valores. No obstante, esta referencia no contiene ninguna instrucción decisiva para resolver el conflicto entre valores. Entonces para todas las preguntas políticas relevantes existe la necesidad de que se pondere cada decisión, dependiendo del caso y de las posibilidades de su realización. Así, la legitimidad, como todas las fórmulas de contingencia, es también una paradoja velada. La legitimidad (como fórmula de contingencia) concuerda en su estructura con la autopoiesis del sistema político y con su contingencia estructural. En su función de producir información va mucho más allá de ser una “fórmula vacía” y, de manera distinta al “valor” en caso de conflicto entre valores, la fórmula de la legitimidad no tolera que se tome ninguna posición previa ni que preestablezcan límites⁵⁰².

A legitimidade representa um símbolo de participação. Em realidade, é meramente comunicação aceita dentro do sistema. Se o sistema é democrático, por óbvio, aceita as mais diversas comunicações que se enlaçam com o código do sistema político.

Veja-se que Habermas, por tratar do Estado de Direito como uno, coloca a legitimidade dentro da validade do Direito.

⁵⁰⁰ LUHMANN, Niklas. **Essays on Self-Reference**. New York: Columbia Press, 1990. p.165: “[...] if we speak of the political system, our subject is a subsystem of the society on the same level as the economic system, the system of science, the educational system, etc.

⁵⁰¹ NAFARRATE, Javier Torres. **Luhmann**: la política como sistema. México: UNAM, 2004. p.73.

⁵⁰² NAFARRATE, Javier Torres. **Luhmann**: la política como sistema. México: UNAM, 2004. p.171.

Por um processo de evolução da sociedade, o exercício da violência foi sendo substituído não pela sua utilização efetiva, mas sim pela possibilidade de sua utilização. A violência foi sendo estruturalmente domesticada para uso de fins coletivos. A disputa pelos fins coletivos, desse modo, é uma disputa pelo exercício da violência. A evolução da sociedade em sistemas funcionalmente diferenciados, contudo, fez por excluir a violência como utilizável pelos outros sistemas⁵⁰³, de modo que a *possibilidade de utilização da violência*, e a disposição das pessoas a obedecer abaixo dessa possibilidade (precisamente, o poder) tornaram uma exclusividade do sistema político⁵⁰⁴.

Através do poder, especifica-se um sistema especializado em uma função. Trata-se uma função fundamental para a sociedade – assim como a função dos outros sistemas – que é justamente a tomada de decisões vinculantes⁵⁰⁵ para toda a sociedade⁵⁰⁶.

Con la función de mantener la capacidad de tomar decisiones que vinculen colectivamente no queda fijado ningún contenido en la decisión. No se trata de un principio constitucional, ni de un valor fundamental a partir del cual se pudieran regular las desviaciones. Ni tampoco se trata de la tesis de hacer que lo arbitrario se haga posible. Precisamente para que la contingencia de la decisión quede asegurada, se necesita el condicionamiento de los límites: la universalización de la contingencia exige un frame, exige un marco de condiciones de posibilidad dentro del cual se pueda reconocer si se trata de comunicaciones políticas (o no). No todo lo que se comunica como decisión tiene valor político: con una confusión de ese tamaño ya se podría tomar ninguna decisión. A partir de aquí se puede entender por qué el proceso evolutivo “elige” esta función que corresponde a un problema que la sociedad (con o sin política diferenciada) debe resolver: la necesidad de asegurar la vinculación

⁵⁰³ NAFARRATE, Javier Torres. **Luhmann**: la política como sistema. México: UNAM, 2004. p.135: “Si el empleo de la violencia física ha de quedar estructuralmente suprimido en todos los ámbitos de la sociedad – excepto en el ámbito de la política, en donde habrá de conservarse tan sólo como *última ratio* para que se obedezca – es que ya se ha logrado en la sociedad el aseguramiento de la paz pública.”

⁵⁰⁴ NAFARRATE, Javier Torres. **Luhmann**: la política como sistema. México: UNAM, 2004. p.140: “Por consiguiente, se debe distinguir entre poder difusamente distribuido en la sociedad y poder político. Evidentemente que el poder político es un poder que efectúa en la sociedad. No obstante, la peculiaridad del poder político se sigue del proceso de diferenciación del sistema político.”

⁵⁰⁵ LUHMANN, Niklas. **El Derecho de la sociedad**. Universidad Iberoamericana: México, 2002. p. 490: “El sistema político se mueve en un terreno totalmente diverso: trata de condensar la formación de las opiniones de tal manera que se puedan tomar decisiones que vinculen colectivamente. esas decisiones buscan su forma en el medio de lo políticamente posible, esto es, de acuerdo con criterios políticos con los que la política resuelve los problemas: deshaciéndose de ellos.”

⁵⁰⁶ NAFARRATE, Javier Torres. **Luhmann**: la política como sistema. México: UNAM, 2004. p.143: “[...] entonces no queda más que definir la función de la política como *mantener la capacidad de tomar decisiones que vinculen colectivamente*.”

colectiva más allá de la divergencia o fluctuación de opinión de los afectados⁵⁰⁷.

Se sabe que uma comunicação é política quando, além da referência à função do sistema, também está conectada com sua chave de entrada, que é o código do sistema⁵⁰⁸.

Nem é preciso pensar muito para imaginar que o serviço público é um problema político. Através da Política, definem-se as políticas públicas que desembocam nas atividades capazes de serem observadas como de um interesse geral, isso é, o serviço público. A decisão que envolve o serviço público recai no lado político da distinção sistema político/ambiente. Isso porque o serviço público é um espaço de briga governo/oposição. O governo decide sobre os serviços públicos, enquanto a oposição traz o valor de reflexão⁵⁰⁹ sobre a inadequação desses serviços. Ao que parece, o conceito de serviço público para a política é menos sofisticado que o jurídico, visto que não é necessário consolidar tantas distinções: serviço público é serviço prestado para o bem da comunidade diante de programas coletivamente vinculantes.

O conceito de serviço público jurídico, é claro, tenta sublimar essa vinculação política, tomando o serviço público como definido desde já sempre pela Constituição, ou simplesmente abstraído que o serviço público é construído também sob os influxos da irritação do sistema da Política. De todo modo, a comunicação se dá em forma de acoplamento estrutural, de forma que o Direito percebe a irritação do sistema político a partir de seus parâmetros. O modo de percepção dessa irritação é levado a efeito a partir de abstrações como vontade da Administração, regime jurídico, diferença ato de gestão/império, etc. Enfim, o

⁵⁰⁷ NAFARRATE, Javier Torres. **Luhmann**: la política como sistema. México: UNAM, 2004. p.144.

⁵⁰⁸ NAFARRATE, Javier Torres. **Luhmann**: la política como sistema. México: UNAM, 2004. p.151: El código produce y, al mismo tiempo, reduce la libertad de decisión del sistema: en un solo trazo produce y reduce contingencia. El código toma la forma de un esquematismo binario y, como en todos los medios simbólicamente generalizados, el código tiene la forma de un código de preferencias: se preferirá el lado positivo (la superioridad de poder), y el lado negativo (la inferioridad de poder) será preterido. esas designaciones no hacen referencia a motivaciones psíquicas, aunque sí especifican el sentido de la codificación.

⁵⁰⁹ NAFARRATE, Javier Torres. **Luhmann**: la política como sistema. México: UNAM, 2004. p.159: “El valor positivo “gobierno” es el valor de designación del sistema; el valor negativo “oposición” es el valor de reflexión del sistema.”

conceito de serviço público muda (evolui⁵¹⁰) também por estar acoplado estruturalmente com a política.

A política, em sentido amplo, orienta-se para as distinções de seu interior. A Administração volta-se à política e ao público, enquanto administradora de demandas. O sistema da política, na visão de Luhmann, vai claramente se tornando um sistema sem centro, apesar de sua estrutura de mandatos e competências. Obviamente que a Administração, enquanto ligada à política, vê-se na tendência do Estado contemporâneo e, com isso, sobrecarrega-se com a inclusão de temas e demandas que pretendem a inclusão total e que necessitam ser selecionadas de algum modo. De fato, o Estado de Direito ainda está ligado ao Estado social. esse aparece como aquele responsável a realizar a inclusão dos indivíduos nos resultados dos diferentes sistemas sociais parciais. Ele, ao mesmo tempo, provoca o acesso como a dependência dos distintos sistemas. O indivíduo é um indivíduo total, que tem pretensão de acesso à economia, educação, etc. Desse modo, o Estado Social é o Estado que nega a distinção de inclusão/exclusão, buscando a inclusão total e, com isso, gerando um paradoxo. De todo modo, o serviço público está profundamente ligado com essa autodescrição do sistema da política em forma de Estado social. É justamente pelo serviço público que se busca a inclusão total. Serviço público é, desse modo, um mecanismo de inclusão em outros sistemas.

A política, em sentido estrito, também se diferencia da Administração e do Público: “Los actuales sistemas políticos desarrollados se estructuran de forma esencialmente distinta. Se fundan sobre la tripe diferenciación de Política, Administración y Público”⁵¹¹. A política é um sistema diferenciado dentro da própria política, em uma observação que Luhmann chama de diferenciação tridimensional. Política e público se diferenciam em opiniões e o canal de mediação dessas comunicações. Já a Administração “(en el sentido más amplio, que incluye gobierno e legislación), para referir-nos a la totalidad de instituciones

⁵¹⁰ LUHMANN, Niklas. **El Derecho de la sociedad**. Universidad Iberoamericana: México, 2002. p. 345: “(...) la evolución “busca” soluciones al problema del acoplamiento estructural del derecho, para que no lo obstaculicen; o lo que sería lo mismo: la evolución busca estructuras específicas de complejidad que garanticen una evolución especial al sistema del derecho.”

⁵¹¹ LUHMANN, Niklas. **Teoría Política en el Estado de Bienestar**. Madrid: Alianza Universidad, 2002. p.62.

que, apoyándose en mandatos o puntos de vista políticos, crean decisiones vinculantes⁵¹².

O sistema jurídico tem uma dada prestação ao sistema político em forma de uma operação que “une a ambas partes de la relación entre Administración y público en todas sus actividades individuales”⁵¹³, diz Luhmann. O Direito, desse modo, presta serviços através da forma de sua linguagem característica, ligando Administração e Público.

As próprias decisões coletivamente vinculantes traduzem-se em programas e, sob o aspecto organizacional, em políticas públicas⁵¹⁴. O serviço público aparece como conectado a políticas públicas, oferecendo o suporte material para que elas sejam implementadas pelo Direito e pela Política simultaneamente.

Essa é uma questão das mais importantes. Se se procuram equivalentes funcionais para explicar a Administração e suas relações, então essa descoberta luhmanniana é extremamente importante: o Direito é meio de comunicação pelo qual são realizados os acoplamentos operativos entre os subsistemas da Política, Administração e Público. As categorias do Direito, tais como atos administrativos, direitos de petição, concessões, etc., configuram-se, desse modo, como a linguagem utilizada por esses sistemas⁵¹⁵.

⁵¹² LUHMANN, Niklas. **Teoría Política en el Estado de Bienestar**. Madrid: Alianza Universidad, 2002. p. 63.

⁵¹³ LUHMANN, Niklas. **Teoría Política en el Estado de Bienestar**. Madrid: Alianza Universidad, 2002. p. 79.

⁵¹⁴ Sobre o conceito jurídico, ver: BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em Direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). **Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 39: “Política pública é o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial – visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determina. [...] Como tipo ideal, a política pública deve visar à realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva de meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento de resultados.”

⁵¹⁵ LUHMANN, Niklas. **El Derecho de la sociedad**. Universidad Iberoamericana: México, 2002. p. 482: “Simultáneamente el derecho ofrece un cúmulo de posibilidades de estructuración de la política: al lado del presupuesto, que se financia a través de impuestos y tributos, el derecho se convierte en el instrumento fundamental para el logro de los fines políticos”

Senão, observe-se o caso da Administração Pública. Serão apresentadas as definições de Administração Pública para a demonstração dos modos de produção de sentido.

A dogmática jurídica, em geral, apresenta vários conceitos, tanto para Administração Pública como para interesse público. Esses conceitos, se bem que variados, em primeiro lugar, estão ligados à filosofia do sujeito, o que, obviamente, dificulta, em muito, a construção, mas, e principalmente, estão conectados com a tradição de compreensão seletiva-instrumental de Administração Pública, expressada anteriormente naqueles autores (Weber, aos quais se poder acrescentar Marx⁵¹⁶ e Durkheim⁵¹⁷), muito embora geralmente não citados pela doutrina administrativista.

Hans Kelsen, como se sabe, é um defensor da Democracia parlamentar⁵¹⁸. Para Kelsen, o Estado é igual à ordem jurídica. O Direito é uma ordem que monopoliza o uso da força. O Estado também é. Por isso, na visão de Kelsen, ambos são a mesma coisa⁵¹⁹. Kelsen também refuta, com toda razão, as teorias que separam Direito Público e Privado em seus mais diversos matizes, muito embora dê pistas para uma diferenciação em termos de autonomia e heteronomia. Para Kelsen, o Direito faz-se de maneira una, isso é, aquele Direito que se aplica às pessoas no cotidiano é feito pelo Estado e ele também é destinatário do mesmo Direito. A idéia de supremacia do Direito Público sobre o privado é uma contradição em termos, pois a fonte dos dois é o mesmo Direito. Assim, para Kelsen, não existe tal divisão.

Outra questão interessante é a da distribuição de poderes. O Direito regula a competência de determinados órgãos para criar Direito em normas individuais ou gerais e para executá-lo. Assim, a rigor, só existem duas funções no Estado: criar e aplicar o Direito⁵²⁰. O Executivo e o Legislativo produzem normas gerais e, a rigor, elas, em substância, são iguais. O Judiciário também assume funções legislativas. Para Kelsen, existiria uma distribuição de poderes

⁵¹⁶ MARX, Karl. **Contribuição à Crítica da Economia Política**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p.5.

⁵¹⁷ DURKHEIM, Émile. **Lições de Sociologia**. São Paulo, Martins Fontes: 2002. p.126.

⁵¹⁸ KELSEN, Hans. **Esencia y Valor de La Democracia**. México: Nacional, 1980. p.16.

⁵¹⁹ KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p.273.

⁵²⁰ KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p.386.

levada a cabo pelo próprio Direito. Todavia, Kelsen adota a teoria do ato administrativo como característica da Administração Pública. A idéia é complexa e um tanto quanto confusa. A aplicação de uma lei, por exemplo, o procedimento administrativo de apreensão de mercadorias, é igual ao procedimento levado a cabo pelos tribunais jurisdicionais. Mas o ato que, por exemplo, concede licença para a instalação de um empreendimento, é um ato da mesma natureza que aquele feito na transação civil, mas a diferença é que, no ato administrativo, uma das partes é o Estado⁵²¹. Assim, a Administração Pública constitui-se daqueles órgãos aos quais o Direito atribui a capacidade de criarem atos administrativos.

Para Gordillo, o objeto de estudo do Direito Administrativo é aquilo que caracteriza a Administração Pública, ou seja, uma função pública. O Direito Administrativo não se preocupa apenas com *quem* realiza uma função administrativa, mas também com o “*cómo y con qué fundamento, con qué médios y fundamentalmente hasta donde, con qué limitaciones se la ejerce* [grifos do autor]”⁵²². A argumentação é circular no sentido de que os órgãos administrativos cumprem função administrativa, e a função administrativa é aquela exercida pela Administração.

Em Marienhoff, a Administração Pública é uma das *funções* do poder estatal. Este tem uma coação autorizada, legítima, a qual se manifesta em três poderes. O poder diferencia-se da “potestade”, ou seja, remonta o autor à divisão entre atos de império e atos de gestão. O critério para se identificar a Administração Pública é um critério material, ou seja, a Administração é aquela função que realiza atos administrativos⁵²³. Assim, para Marienhoff, a Administração é a “*actividad permanente, concreta y práctica, del Estado que tiende a la satisfacción inmediata de las necesidades del grupo social y los individuos que lo integran*”⁵²⁴.

⁵²¹ KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p.394.

⁵²² GORDILLO, Agustín. **Tratado de Derecho Administrativo**. Parte General. 5ª ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 1998. T.I. p.V-3.

⁵²³ MARIENHOFF, Miguel S. **Tratado de Derecho Administrativo**. T.I. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, [s.d.]. p.49.

⁵²⁴ MARIENHOFF, Miguel S. **Tratado de Derecho Administrativo**. T.I. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, [s.d.]. p.66.

Para Santamaría Pastor, o intento de delimitar a Administração Pública é inútil, porque não existirão critérios capazes de tanto. As dificuldades, contudo, são dobradas porque tanto a lei quanto a jurisprudência remetem ao conceito de Administração Pública em suas bases teóricas, esperando que a doutrina dê respostas quanto à sua delimitação⁵²⁵.

Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández qualificam como despida de sentido a tentativa de conceitualizar a Administração Pública, a partir de algum critério material ou formal, como *ação organizada, ação de conformação social, gestão de serviços públicos, exercício do poder executivo* para agasalhar a idéia de Administração Pública como pessoa jurídica. Dadas as variâncias a que está sujeita a atividade administrativa, torna-se como mais adequada a consideração da Administração Pública como uma pessoa jurídica, i.e., um sujeito capaz de direitos e deveres peculiares⁵²⁶. Essa idéia, como parece claro, além de ser uma visão única e estritamente ligada a uma visão jurídica, não abandona os critérios materiais (que servem ainda para identificar a atividade administrativa em outros órgãos) e tampouco está em consonância com o Direito brasileiro, uma vez que a Administração Pública está relacionada com uma pluralidade de órgãos e competências, muitos deles nem sempre dispendo de personalidade jurídica.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, a Administração Pública (e seu Direito, o Direito Administrativo) está ligada a toda atividade que seja regida por um peculiar regime jurídico, qual seja, o regime jurídico-administrativo. esse, por sua vez, está assentado em dois princípios: o da supremacia do interesse público sobre o privado e o da indisponibilidade, pela Administração, dos interesses públicos⁵²⁷. Esses dois princípios são desenvolvimentos da velha doutrina dos poderes-deveres da Administração. O interesse público é definido como a face pública dos interesses das pessoas. Esse interesse, por sua vez, deve ser realizado pela Administração. Esta realiza, portanto, uma função administrativa⁵²⁸.

⁵²⁵ PASTOR, Juan Alfonso Santamaría. **Principios de Derecho Administrativo**. 3ª ed. Madrid: Ramón Areces, 2000. p.84.

⁵²⁶ ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Derecho Administrativo**, I. 10ª ed. Madrid: Civitas, 2000. p.30.

⁵²⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2000. p.27.

⁵²⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2000. p.32.

Celso Antônio Bandeira de Mello é expresso ao tentar achar uma explicação jurídica “pura” para o fenômeno do regime jurídico administrativo: “Nota-se, além disso, que, afinal, esse é definitivamente o único suporte para uma visão “purificada” dos institutos de Direito Administrativo. Só esse procedimento elimina vestibularmente a imissão entre os fatores jurídicos e extrajurídicos”⁵²⁹.

Para Hely Lopes Meirelles, o conceito de Administração Pública está ligado ao de Estado, sendo esse uma corporação de homens fixada em um território com poder de mando e coerção. O Estado se divide em território, povo e governo, sendo esse tripartido. Há uma divisão entre Governo e Administração, sendo aquele um poder fundamental e esta um secundário, servindo a materializar os objetivos do Governo. A Administração não praticaria atos de governo, mas sim atos de execução.

Administração Pública, portanto, é a gestão de bens e interesses qualificados da comunidade, no âmbito federal, estadual ou municipal, segundo os preceitos do Direito e da mora, com o fim de realizar o bem comum [...] No Direito Público – do qual o Direito Administrativo é um dos ramos – a locução *administração pública* tanto designa pessoas e órgãos governamentais como a atividade administrativa em si mesma. Assim sendo, pode-se falar de Administração Pública aludindo-se aos instrumentos de governo, como à gestão mesma dos interesses da coletividade [...] ⁵³⁰.

Mais precisamente, para Hely Lopes Meirelles, o termo “Administração Pública” designa tanto pessoas e órgãos governamentais, quanto a atividade levada a cabo de administrar interesses alheios. Teriam natureza de *múnus público*, ou seja, a defesa dos interesses da coletividade, que é também a finalidade da Administração⁵³¹. A Administração Pública é regida por doze princípios, quais sejam, legalidade, moralidade, impessoalidade, publicidade, eficiência, razoabilidade, proporcionalidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, motivação e supremacia do interesse público. Esses princípios não aparecem como caracteres de identidade da Administração Pública, mas sim como critérios pautadores de sua ação.

⁵²⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2000. p.48-49. Tal idéia de “pureza” vai se conectar, como parece, aos conhecidos problemas de depuração da teoria kelseniana.

⁵³⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1966. p.52.

⁵³¹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1966. p.52.

O interesse público aparece em Hely Lopes como princípio do Direito Administrativo. O interesse público é caracterizado como o interesse geral, diante do qual não é possível a renúncia⁵³².

Os administrativistas em geral pensam que a Administração Pública vai alcançar o interesse público, empreendendo esforços para caracterizá-lo. Uma das principais “prestações” da Administração Pública é o serviço público.

A partir de uma perspectiva sistêmica, essas construções do Direito são traduções de instituições políticas. São comunicações que o Direito cria para possibilitar as relações entre os diversos sistemas da política. Novamente, os problemas de inconsistência dos conceitos de Administração Pública são resultados de um exercício da filosofia do sujeito. A questão fica muito mais simples se se entender Administração Pública como uma organização – que pode ser vestida de uma cor jurídica, como é o caso de pessoa jurídica de Direito Público interno ou externo – que exerce o poder do sistema da política (o Direito traduz, por vezes, esse poder sob a denominação de “poderes exorbitantes da Administração”).

Desse modo, retomando: política é um sistema parcial da sociedade, voltado para a tomada de decisões vinculantes. Possui três diferenciações do tipo sistema/entorno internas, que é política em sentido estrito, ou seja, os processos de tomada de decisões; o público, que é o local de comunicações candidatas a entrarem no sistema político; e a Administração, que é o conjunto de organizações voltadas à implantação dessas decisões. Note-se que é comum definir-se Administração Pública como organização; ocorre, porém, que essa é uma descrição jurídica; a Administração, para Luhmann, inclui todos os *locus* de produção de decisões coletivamente vinculantes. A distinção, comum dentro do Direito, de Governo/Administração Pública, para descrever o caráter político de um e técnico de outro, fica difícil de sustentar nessa perspectiva luhmanniana.

Aceita-se, a partir de uma perspectiva sistêmica, o acoplamento estrutural entre Direito e Política:

⁵³² MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1966. p.53.

El acoplamiento entre derecho y política se regula por la Constitución. Por un lado, la Constitución (¡si es que funciona!) vincula al sistema político con el derecho, con la consecuencia de que acciones contrarias a la ley comportan el fracaso político; y – por otro – la Constitución hace posible que el sistema jurídico se llene de innovaciones mediante una legislación políticamente inducida – lo cual a su vez se atribuye como éxito o fracaso a la política. De esse modo, la transformación del derecho en derecho positivo (*Positivierung des Rechts*) y la democratización de la política están estrechamente relacionados. Esto lleva a que la política se maneje administrativamente conforme a lo posible legal y económicamente. Lo uno condiciona a lo otro. El derecho abre el espacio para que modelo aquello que después políticamente hace posible la formación de la voluntad democrática; aunque las operaciones (entrelazadas recursivamente en cada uno de los sistemas) se mantienen separadas. La importancia política de una ley (credibilidad, problematicidad) es algo enteramente distinto a su validez jurídica⁵³³.

O acoplamento estrutural consubstancia-se em uma evolução conjunta dos sistemas que se encontram em uma unidade, que é precisamente o serviço público⁵³⁴.

Aliás, é justamente o acoplamento estrutural que permite o estímulo para a criação de excedentes de possibilidades. Ninguém duvidaria de que os freqüentes câmbios no conceito de serviço público são motivados pelas mudanças ocorrentes no sistema político⁵³⁵.

⁵³³ LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. México: Herder, 2007. p. 620.

⁵³⁴ LUHMANN, Niklas. **Social Systems**. Stanford: Stanford University Press, 1995. p. 222-223: "Concepts like "coupling" or "bonding" surface in other research contexts. They indicate a temporary interlocking of independent units. The observer's perspective thereby comes to the fore. It does not penetrate the units, but it can establish that they occasionally combine, that they adopt the same or complementary values for many variables, or even that they operate as a unified system on specific occasions". También LUHMANN, Niklas. **El Derecho de la sociedad**. Universidad Iberoamericana: México, 2002. p. 513 "Cualquiera que sea la manera en la que se alcancen los avances en lo relativo a la complejidad, los acoplamientos estructurales no introducen nunca normas del entorno en el sistema del derecho. Lo único que hacen es provocar irritación. La forma "acoplamientos estructurales" no constituye un asunto normativo, como si pudiera ser prescrito. Ciertamente, aquellas instituciones que desde el punto de vista del sistema jurídico logran esto(y en esse contexto hablaremos de la propiedad, del contrato y de la Constitución) pueden asumir la forma del derecho –aunque no en su función de acoplamiento estructural. La función de acoplamiento debe suponerse como algo dado y está colocada de manera ortogonal respecto de las operaciones que dan lugar a estructuras propias del sistema (normas); esas estructuras se orientan de acuerdo a dicha función de acoplamiento".

⁵³⁵ LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. México: Herder, 2007. p. 73-74: "[...] con los acoplamientos se presupone que el sistema produce em lo interno excedentes de posibilidades [...] El sistema solo puede compensar desconocimiento del entorno com excedentes internos de posibilidades, es decir, solo puede compensar la indeterminación com el *matching* de hallarse él mismo indeterminado. Y esto tanto más cuanto (a diferencia de Maturana) definimos a la cognición como acto de designar sustentado em uma distinción – com lo cual queda presupuesta una capacidad de distinguir que no encuentra ningún correlato em el entorno. Si la adaptación há de lograrse, el sistema por um lado debe clausurarse operativamente y reproducirse

Quer-se dizer aqui que o serviço público e seu conceito são mais do que uma prestação do Direito aos outros sistemas. Se o serviço público e o conceito podem estar referidos e desenvolvidos tanto ao Direito quanto à Política, então se trata de um co-desenvolvimento e, desse modo, de um acoplamento estrutural. De fato, já deve estar provado o suficiente que o serviço público pode ser observado enquanto resultado e atuação política, utilizando-se dos meios do poder. Desse modo, o uso do serviço público é um uso que, ao mesmo tempo, se liga com as ações dos governantes, e a crítica da ineficiência do serviço público (característica política, aliás, transformada em princípio jurídico da eficiência) se liga com o valor de reflexão proporcionado pela oposição. Indubitavelmente, serviço público pode ser uma comunicação política. Além disso, as decisões vinculantes estão ligadas a ele. Por exemplo, decide-se coletivamente que é o serviço público se levar a cabo a missão de levar energia aos recônditos do país, ou que o desenvolvimento será alcançado através da educação, e educação se presta através de serviço público.

O serviço público, desse modo, evolui também como um acoplamento estrutural entre o sistema da Política e o sistema do Direito. Une o sistema da Política e o sistema do Direito, sendo que o serviço público evolui de um modo específico para cada lado. Os sistemas recebem estímulos recíprocos. Pode-se imaginar, por exemplo, o Direito como estabelecendo metas para a Política, e isso servindo como argumentos para a política em forma de não-cumprimento de metas por um determinado governo e a necessidade de modificação do lado governo/oposição. Do mesmo modo, e esta é uma das funções fundamentais do serviço público, *para a política* é o estabelecimento de relações causais. De fato, as relações de causalidade são livremente estabelecidas pelas descrições do sistema:

Para la teoría de sistemas, la causalidad es una selección realizada por un observador. El engranaje entre causas y efectos que establece un observador depende de los intereses con los que ordena el objeto, o de la importancia que confiere a determinados efectos. La causalidad, por tanto, es una técnica de selección que trata de fijar los efectos, porque no existe la seguridad natural de obtenerlos o porque para lograr ciertos efectos hay que utilizar

determinadas causas⁵³⁶.

O sistema da política pode descrever que o serviço público causou ou deixou de causar determinados efeitos. Desse modo, o serviço público é fonte de informações para o sistema da Política. Com ele consegue-se dar intencionalidade⁵³⁷ à Política: ela pode causar efeitos na sociedade. Por exemplo, nada garante que a construção de mais presídios leva à diminuição da criminalidade. Com a categoria do serviço público, é possível estabelecer relações entre as observações e, assim, vincular uma eventual percepção de queda na criminalidade à construção de novos presídios. Do mesmo modo, nada garante que “mais educação” vá gerar desenvolvimento para uma determinada comunidade; entretanto, com o estabelecimento de relações causais, torna-se possível dizer que, efetivamente, o desenvolvimento está na pendência de mais serviços públicos de educação e que o governo deve ser substituído porque não consegue realizar serviços públicos com eficiência e universalidade⁵³⁸. Com o Direito e com o dinheiro, a Política pode levar adiante suas demandas, mesmo que utópicas⁵³⁹.

Apesar de, com Habermas, ser possível dizer que a auto-observação do sistema é a de uma sociedade que atua sobre si mesma, é interessante também a opinião de Luhmann – diametralmente contrária:

No society so far has been able to organize itself, that is, to choose its own structures and to use them as rules for admitting and dismissing

⁵³⁶ NAFARRATE, Javier Torres. **Luhmann**: la política como sistema. México: UNAM, 2004. p.110.

⁵³⁷ NAFARRATE, Javier Torres. **Luhmann**: la política como sistema. México: UNAM, 2004. p.112: “La intencionalidad – igual que la tecnología –es por consiguiente una construcción, el equivalente interno a lo que un sistema encuentra externamente en la técnica”.

⁵³⁸ LUHMANN, Niklas A Restituição do Décimo Segundo Camelo: do Sentido de uma Análise Sociológica do Direito. LOPES JÚNIOR, Dalmir; ARNAUD, André-Jean (orgs). **Niklas Luhmann**: do Sistema Social à Sociologia Jurídica. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004. p.91:” Sobretudo o impacto político revela-se com os programas regulatórios destinados a traduzir nos fatos, as intenções de transformações complexas; esses programas exigem uma multiplicidade de modificações jurídicas, entretanto tais modificações despertam a atenção e a resistência desses programas que beneficiam o estado de coisa atual.”

⁵³⁹ NAFARRATE, Javier Torres. **Luhmann**: la política como sistema. México: UNAM, 2004. p. 190: “Cuando la política cuenta con el apoyo del derecho y del dinero no le falta fantasía para imaginar que ser pueden tomar decisiones; entonces a partir de los medios se buscarán los fines. Los recursos del derecho y del dinero no contienen instrucciones directas de dónde tengan que ser aplicados, por eso la política encuentra aquí su campo para imaginar y para influir con sus decisiones. Se trata de *scripts* que sirven de complementación: se nombran causas – haciendo abstracción de las causas de las causas – y se buscan los efectos que se ajusten a ellas. La democracia encuentra, para decirlo de nuevo, en la explotación del desconocimiento, una de las condiciones más decisivas de su propia posibilidad.”

members. Therefore no society can be planned. This is not only to say that planning does not attain its goal, that it has unanticipated consequences, or that its costs will exceed its usefulness [...] Planning society is also impossible because the elaboration and implementation of plans always have to operate as processes within the societal system. Trying to plan the society would create a state in which planning and other forms of behavior exist side by side and mutually influence each other. Planners have to use a description of the system, and will thus introduce a simplified version of the complexity of the system into the system.⁵⁴⁰

Entretanto, não há outra saída, senão continuar tentando – e o serviço público é representativo dessa luta incansável.

O outro lado do acoplamento estrutural, o jurídico, é motivado pelas modificações advindas das concepções político-econômicas. Assim, o conceito de serviço público flui conforme vão sendo modificados os papéis do Estado. A partir dessa constatação, explicam-se, por exemplo, as proposições da doutrina de que “o Direito deve observar a realidade” (que é a realidade, o ambiente?). A realidade, na visão da doutrina, é a modificação da concepção de Estado, a despeito de o texto legal constitucional permanecer exatamente o mesmo. Logicamente, existe resistência do sistema – quem ganha, memória ou oscilação, é algo a ser deixado para o décimo segundo camelo. Além disso, o serviço público é o instrumento jurídico mediante o qual, justamente, o sistema político tem a pretensão de influenciar a sociedade.

A argumentação poderia se estender para outros acoplamentos estruturais possíveis. O mais interessante seria, por exemplo, o acoplamento entre sistema da Economia e sistema da Política na forma de orçamento⁵⁴¹. De fato, o serviço público é, obviamente, dependente, na maior parte dos casos, de orçamento, mas não necessariamente. Fazer tal análise a esta altura seria estender demais o trabalho, além de trabalhar uma distinção que está longe do problema do conceito.

Desse modo, podemos resumir as observações desse capítulo da seguinte forma:

⁵⁴⁰ LUHMANN, Niklas. **Essays on Self-Reference**. New York: Columbia Press, 1990. p.179-180.

⁵⁴¹ NAFARRATE, Javier Torres. **Luhmann**: la política como sistema. México: UNAM, 2004. p. 363: “El financiamiento del presupuesto público se podría tomar como una primera forma de acoplamiento estructural entre el sistema político y el sistema económico.”

1. É possível utilizar-se da influência de diversas maneiras. A evolução do sistema da Política, contudo, especializou-se na utilização do meio *poder*, que é a disposição para a aceitação de uma ordem por parte de outrem. esse desenvolvimento deu-se a partir do uso da violência – que acabou se tornando *possibilidade* de uso da violência. O poder se especializou enquanto meio de comunicação simbolicamente generalizado, e isso quer dizer que, a partir da utilização do meio, facilita-se a superação das improbabilidades da comunicação.

2. O poder, na visão de Niklas Luhmann, é tão interessante e fascinante, que sua utilização prescinde de precisões, tanto com relação ao conteúdo da decisão quanto aos motivos de emissão e aceitação da ordem. Claro que o poder está ligado com os símbolos do sistema da Política, e nutre-se da legitimidade, o que facilita as coisas. De todo modo, o poder tem limites, e esses limites justamente residem na aceitação das decisões. No momento em que essas decisões não são mais aceitas, mas sim impostas, há aí não mais poder, mas sim um mero uso físico da força.

3. O poder se põe a fins diversos. esses mesmos fins fazem também uso do Direito. Desse modo, existem ligações entre o Direito enquanto meio de comunicação socialmente generalizado e o poder. Sem dúvida há um encontro desses meios no serviço público. Aliás, aqui é momento de cindir novamente as perspectivas e observar o poder no serviço público e no conceito de serviço público. Enquanto o poder no serviço público vai se manifestar pela disposição dos administrados em receber o serviço como visto, o poder no conceito de serviço público vai significar a capacidade de dizer o que é serviço público. esse poder está distribuído conforme a lógica do sistema, em um centro e uma periferia. Entretanto, os lugares de produção de conceitos estão reservados, o que gera demandas de maior democratização da produção de significados dentro do sistema jurídico.

4. Habermas critica o excesso que o poder proporciona ao colonizar o mundo da vida. Como meio de comunicação que é, a partir do poder, não é necessário defender racionalmente pretensões de validade. Com isso, tem-se uma comunicação tecnificada, e não racional. Com o poder, conquistam-se lealdades da população na forma de políticas públicas – lealdades essas

estribadas na razão instrumental, e não em uma deliberação racional, como exige a visão normativa de Habermas. Mais: o serviço público e seu conceito são apresentados a partir de visões tecnicizadas da sociedade, em prejuízo de uma comunicação mais qualificada em termos de informações.

5. A problemática do poder, não há dúvida, está ligada com o sistema político. esse sistema é um sistema da sociedade. A política, seus sistemas internos (Administração, Política e Público), bem como suas autodescrições (Estado e demais organizações estataliformes) são construções de um sistema funcional parcial da sociedade. Assim, Política, Estado, Administração e, é claro, serviço público, só podem ser “da sociedade”.

6. A Política tem características que permitem percebê-la como sistema. De fato, esse sistema especializou-se em uma função específica, qual seja, a de geração de decisões vinculantes para toda a sociedade. O sistema também possui um meio específico, que é justamente o poder. Há um símbolo próprio, que é o símbolo da legitimidade, e, finalmente, existe um código próprio, que é o código governo/oposição.

7. O Direito tem uma linguagem que possibilita a atuação dos diferentes subsistemas dentro da política. A hipótese é a de que o serviço público é mais do que meramente um produto do Direito para os outros sistemas: trata-se de um co-desenvolvimento entre o Direito e a Política, ou seja, trata-se de um acoplamento estrutural. Como tal, o serviço público desenvolve-se tanto para a Política quanto para o Direito.

8. Desse modo, o serviço público é também uma comunicação política, porque o seu uso está ligado com a programação de fins coletivos. Por outro lado, é também espaço de reivindicação por melhores serviços e críticas dos serviços prestados; ou seja, não há dúvidas da vinculação da comunicação serviço público ao código da política.

9. Direito e Política estimulam-se reciprocamente através do acoplamento estrutural do serviço público. O Direito tem de responder às modificações nos programas e nas percepções do Estado, enquanto a Política tem de responder

aos programas finalísticos do Direito.

O caminho até aqui foi trilhado, repita-se, sem uma lógica necessária. Poder-se-ia abordar o serviço público através de qualquer lado. Entretanto, deixou-se para o final o capítulo acerca do *script*. Adiantando um pouco, *script* é a maneira sistêmica de observar o regime jurídico. No caso, regime jurídico do serviço público. Isso porque essa ligação geralmente é o ponto alto da observação dos juristas sobre algo. Pareceu mais lógico deixar esta função do conceito para o final.

7 FUNÇÃO *SCRIPT*: de como o conceito de serviço público serve para iniciar o *script*

Os conceitos no Direito – e o conceito de serviço público não é nada diferente – têm uma fundamental relevância para a operatividade do Direito como função de enlace com regimes jurídicos. Se é verdade que qualquer operação em qualquer sistema ocorre através de ligações entre diversas comunicações, no Direito, essas operações de enlace adquirem cores ainda mais relevantes. Isso porque o Direito é um sistema que se autodescreve como consistente e uno. Esta autodescrição faz com que o sistema opere ligando não só fatos a conseqüências jurídicas, mas também conceitos e princípios com determinadas conseqüências. O esquema *se/então*, típico do Direito, reproduz-se em diversos níveis de comunicações, não só naquelas que invocam fatos. Falar-se em ato administrativo, por exemplo, gera um imediato desencadeamento de outras comunicações, que, dada a estrutura do Direito, necessariamente (em uma observação de primeiro grau) se farão presentes. No exemplo, princípios, doutrinas e conceitos, tais como ato discricionário, auto-executoriedade dos atos administrativos, impossibilidade de revisão judicial do mérito, teoria dos elementos do ato administrativo e assim por diante. Um conceito é, desse modo, um *trigger*, um evento, que desencadeia um *script*, isso é, um roteiro pré-estabelecido de comunicações. Na seara jurídica, esse roteiro préestabelecido consiste no chamado regime jurídico, que nada mais é que um repertório de conceitos, princípios e normas – expectativas normativas, pois.

O próprio *script* é uma expectativa normativa: espera-se que, invocando-se determinado conceito, ligue-se a determinado *script*, ou seja, um regime jurídico. Então, se, por acaso, não se aplica o regime jurídico de um ato administrativo a algo observado como ato administrativo, percebe-se isso como um erro, e o sistema se mantém. Ou o sistema assimila essa decepção como uma situação nova, seja descrevendo aquela comunicação não mais como ato

administrativo, seja como um ato administrativo que não mais se liga àquele regime jurídico. O mesmo vale para o serviço público.

Desse modo, é necessário refletir sobre: 1) conceito e os programas condicionais e finalísticos; 2) a operação de ligação de um conceito com o seu regime jurídico, mais especificamente, o caso do serviço público.

A hipótese é que é possível relacionar o conceito de serviço público com os dois tipos de programas. De fato, o conceito de serviço público pode ser visto como um programa condicional. Além disso, o próprio serviço público está ligado a programas finalísticos. Essas duas observações, contudo, não olvidam a possibilidade de observação do conceito de serviço como *script*, isso é, esquemas de observação que engatam operações em outras operações.

7.1 Programas do Direito e suas relações com o conceito de serviço público

Delimitaram-se como observações possíveis de serem feitas nesse capítulo as relações entre conceito de serviço público e programas do sistema. Uma das observações é o próprio entendimento do conceito como uma espécie de programa do sistema. Outras duas observações possíveis envolvem o manejo do conceito como pressuposto para o entendimento de programas condicionais e finalísticos.

Não custa nada lembrar um pouco sobre a questão da programação no sistema do Direito, até porque essa discussão é pressuposto de entendimento para as três observações delineadas acima.

O código do sistema é a chave para a entrada; entretanto, a existência de programas nos sistemas faz com que asignem determinadas comunicações ao código⁵⁴².

⁵⁴² LUHMANN, Niklas. **El Derecho de la sociedad**. Universidad Iberoamericana: México, 2002. p.

Para Luhmann, a programação do Direito é sempre condicional (a programação finalística torna-se possível através do programas condicionais). A programação condicional é, como tal, uma especificação para a decisão. Os problemas e as soluções estão predefinidos no sistema. Trata-se de uma exigência do sistema de gerar acoplamentos operativos “corretos” e, ao mesmo tempo, de uma conquista evolutiva da sociedade. Não há como se fundamentar a existência da programação condicional; é possível apenas limitar-se à explicação de suas características e vantagens, dado que a sua constituição reside em processos históricos de difícil rememoração. Como diz Luhmann, sua “forma básica é a seguinte: se forem preenchidas determinadas condições (se for configurado um conjunto de fatos previamente definidos), deve-se adotar uma determinada decisão”⁵⁴³. Se bem que a programação condicional, em hipótese alguma, elimine a complexidade e a contingência de quem opera no sistema, a programação condicional traz a vantagem de, pelo menos, tornar sustentável a situação⁵⁴⁴.

Como estrutura que é, o programa técnica, no sentido de uma simplificação do processo de decisão, que passa a se pautar por técnicas e teorias de interpretação dos fatos e das conseqüências dos programas. Além disso, as operações necessárias para a programação são reduzidas apenas àquelas pertinentes ao programa (ao ponto de as teorias terem de retomar a complexidade, como a de Gunther, ao dizer que todos os fatos *relevantes* devem vir à indagação)⁵⁴⁵. É interessante lembrar que os programas assumem a

248: “[...] deben existir otros puntos de vista que indiquen cómo los valores del código derecho/no-derecho se asignan o bien correctamente, o bien erróneamente. Esta semántica adicional la vamos a llamar (en el derecho como en el caso de otros sistemas codificados) programas.”

⁵⁴³ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito II**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985. p.28

⁵⁴⁴ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito II**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985. p.29: “Em termos mais rigorosos, essa relação se estabelece não entre o comportamento e a sanção enquanto eventos fáticos (de tal forma que a relação não existiria sem a sua ocorrência), mas entre a *contingência* do comportamento e a *contingência* da sanção. Ela estabelece uma interdependência entre a seleção do comportamento e a seletividade do sancionamento, preenchendo assim a função de uma estrutura.”

⁵⁴⁵ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito II**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985. p.30: “[...] a programação condicional permite uma simplificação essencial do processo decisório: aquele que decide só precisa conhecer seu programa (e eventualmente interpretá-lo), para então verificar se as informações nele previstas existem ou não. Dessa forma, ele só precisa considerar um pequeno corte da situação e do seu passado relevante para o programa, permanecendo indiferente quanto ao resto, no que ele é apoiado pela diferenciação de sistemas processuais especiais para a execução do programa. Com isso é possível atingir-se consideráveis ganhos de tempo, destacar-se temas para a obtenção rápida de consenso e, em conjunto, processar mais informações mantendo constante a capacidade de percepção consciente.”

responsabilidade pelas conseqüências da decisão, aliviando motivacionalmente aqueles que decidem, os quais não precisam assumir as conseqüências indesejadas.

Ao contrário dos programas finalísticos, os programas condicionais aliviam a quantidade de comunicações necessárias. Os programas finalísticos necessitam de acompanhamento constante e, por isso, são multiplicadas as decisões e comunicações.

Os programas finalísticos – é possível comparar com a ação instrumental de Habermas *nesse aspecto* – estão vinculados a expectativas de resultados desejados, não a um resultado objetivamente atingível.

Entendem-se por programas finalísticos aquelas “operaciones que sirven para guiar las estructuras del sistema”⁵⁴⁶.

Los programas de fines atraen, así, hacia el presente el riesgo de la paulatina separación del futuro presente y de los presentes futuros. Arriesgan que los presentes futuros no coincidan con aquello que se presupone como futuro presente. Para contrarrestar esse riesgo sirven como instrumentos de la continua corrección⁵⁴⁷.

Essa programação por fins torna-se popular a partir do advento do Estado de bem-estar e tem, por destinatários, usualmente, em maior medida a Administração e em menor medida os magistrados. Luhmann aponta, contudo, a imprecisão das normas finalísticas. Como o futuro é desconhecido e imprevisível, sequer a função de redução de complexidade é operada pelos programas finalísticos de forma adequada. Esses programas finalísticos acabam tendo de ser apoiados e delimitados por programas condicionais⁵⁴⁸; não completar o programa finalístico com programas condicionais é abrir espaço à discricionariedade completa ou quase completa. Por exemplo, só alocar que a educação é um

⁵⁴⁶ LUHMANN, Niklas. **El Derecho de la sociedad**. Universidad Iberoamericana: México, 2002. p.258.

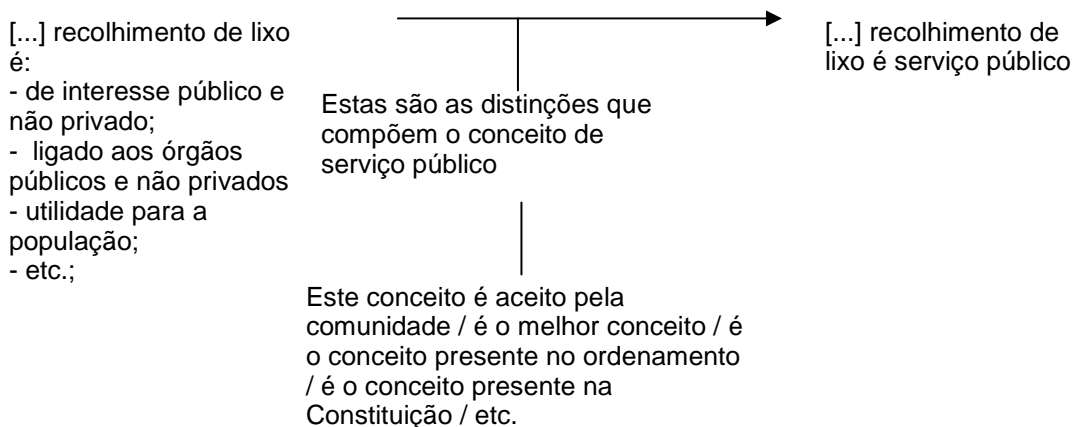
⁵⁴⁷ LUHMANN, Niklas. **El Derecho de la sociedad**. Universidad Iberoamericana: México, 2002. p.258.

⁵⁴⁸ LUHMANN, Niklas. **El Derecho de la sociedad**. Universidad Iberoamericana: México, 2002. p.262: “El marco jurídico desde el cual se emite un fallo no es nunca un programa finalístico que existe buscar los medios adecuados para el fin – ya sea escogido libremente, o impuesto – y exige respetar las delimitaciones introducidas en el programa, por ejemplo de los costes permitidos, o de los límites legales. Siempre se tiene, como fundamento del texto autorizado, una estructura del tipo “si esto/entonces esto.”

objetivo não gera muitos engates; são necessários outros programas condicionais, tais como: se se arrecadar numerário, X % irá para a rubrica educação; se o aluno não tem escola, dever-se-á abrir matrícula na escola mais próxima; se a universidade não alcançou X desempenho, é sancionada com a conseqüência Y, e assim por diante.

O próprio conceito de serviço público pode ser visso como programa condicional. Para Luhmann, os programas condicionais estão ligados às normas, mas, dado o enlace dos conceitos jurídicos com o código do Direito, e a presença de distinções pertinentes em normas escassas (e esparsas), seria possível também observar o conceito como programa condicional, apesar de não ser uma norma (ou regra ou um princípio, se se quiser utilizar a distinção regra/princípio). De fato, uma vez consolidado, o conceito adquire uma cor de obrigatoriedade e, desse modo, fica fora da disponibilidade individual de um magistrado ou qualquer outro aplicador do Direito. esses terão de se reportar à cadeia de significações. Muito embora, é claro, exista muito mais liberdade em não seguir o conceito consolidado, ou modificá-lo, do que uma norma qualquer, de todo modo, o conceito também segue a estrutura se/então (é interessante lembrar: Luhmann falou de um processo de “subsunção” do conceito!).

Desse modo, pode-se retomar o esquema de argumentação já discutido acima, a partir do quadro abaixo:



O conteúdo do esquema é o seguinte: se presentes as distinções tais e tais, igual a recolhimento de lixo como serviço público. Como já observado na seção sobre expectativas, não seguir o conceito gera frustração, mas o conceito se mantém – mesmo que sua modificação e abandono sejam mais rápidos que as normas (entendidas como regras/princípios).

Só descobrir se determinada comunicação é serviço público não é muito útil. O Direito como legislação, camufla os problemas teóricos e conceituais, deixando-os para o trabalho doutrinário. O serviço público está inserido na lei. Então esta é outra relação possível: não só o conceito de serviço público pode ser um programa condicional, como ele mesmo está inserido em outros programas condicionais. Aí se vê a complexidade do Direito: operações engatadas em operações e assim por diante. esse problema fica maior quando se pensa o serviço público e seu regime jurídico.

Talvez a principal norma sobre serviço público no Brasil represente esta problemática: “Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos” – é a norma constitucional que mais diretamente se refere ao serviço público. Repete-se a advertência metodológica antes colocada: não se quer fazer um exame do serviço público no Brasil – a presente discussão está colocada apenas em termos teóricos. Além disso, a palavra “serviço” (sem o adjetivo público), insinuando, talvez, o serviço público, aparece em diversos outros artigos da Constituição⁵⁴⁹.

Então, existe um programa condicional ligando algo como serviço público para que a norma possa ser interpretada. É pressuposto da interpretação a existência de uma semântica sobre serviço público. Isso porque não é praxe aparecer nos textos legais que “recolhimento de lixo é serviço público”. essas ligações de conceitos e definições geralmente aparecem como trabalhos de consolidação levados a cabo, posteriormente, pela doutrina e pela jurisprudência. O problema do serviço público aparece no bojo de processos interpretativos sobre

⁵⁴⁹ Por exemplo: art. 6º, 21, 22, V, 24, IV, 25, §2º, 51, IV, 52, XIII, 96, I, 127 §2º, 30, V e VII, 23, 167, IV, 198, 205, 208, 37, XIII, 37, §1º e §3º e §6º, 39, § 7º, 54, I, a, 61, § 1º, II, b, 109, IV, 144, § 1º, I, 129, II, 144, § 8º, 197, 136, § 1º, II, art. 139, VI, 145, II, 150, VI, a, § 2º e § 3º, 194, parágrafo único, II, 227, § 1º, 246, 175, 173.

outras questões, como, por exemplo, se o rol de competências federativas da União tem por significado que aquelas competências ali são realizadas por serviço público e, logo, deve existir concessão para a delegação à iniciativa privada.

O entendimento desses programas também é pressuposto dos programas finalísticos. De fato, imagine-se o art. 6º da Constituição, que estabelece a educação como direito fundamental. Trata-se de um típico programa finalístico. Em uma primeira impressão, a ligação com o serviço público é evidente, visto que é só por serviço público (e todo o planejamento que pressupõe) que tal serviço será provido. Ocorre que o programa finalístico só pode adquirir alguma materialidade com o auxílio de programas condicionais, como, por exemplo, o § 1º do art. 208 da Constituição Federal. Então, se se quer pôr em movimento a referida norma, será necessário fazê-lo através do serviço público de educação (em se entendem tal serviço como serviço público). Do mesmo modo, uma série de outros programas condicionais, como as normas de competência, normas de orçamento, etc. Então, na linha de descrição de Luhmann, os programas finalísticos estão presentes no sistema e aparecem ligados com o serviço público. Porém só há uma efetiva ativação do sistema quando outros programas condicionais estão ligados ao serviço público. Retomando o objeto do trabalho, o conceito de serviço público, desse modo, auxilia tanto o entendimento quanto a operatividade dos programas condicionais e finalísticos.

Na última seção dessa tese, é abordado o tema do regime jurídico – tema esse que, conforme as hipóteses desse trabalho, pode ser entendido sociologicamente enquanto *script* do sistema jurídico.

7.2 Scripts do Direito

O Direito, em sua complexidade estruturada, alcançou um resultado evolutivo extremamente interessante e pouco trabalhado pelos sociólogos: o regime jurídico. Este é mais do que simplesmente uma norma: é uma unidade

dentro da unidade do Direito. O mistério do regime jurídico (do serviço público) ainda tem de ser mais bem trabalhado, e só ele seria motivo para um trabalho científico completo. A hipótese desse trabalho é a de que o equivalente funcional ou categoria da teoria dos sistemas (no caso, emprestada da cibernética) a explicar o regime jurídico está baseado na idéia de *script*.

Aliás, praticamente todo o trabalho do jurista está envolvido com o *script*, mesmo a doutrina. Trabalha-se tanto sobre o conceito, buscam-se redundâncias, precisões, no sentido de se saber bem o que é serviço público para, finalmente, saber as conseqüências jurídicas de se colocar algo como serviço público ou não. Enfim, no final das contas, é relevante saber o que é serviço público para se verificar se a comunicação em questão comunica-se com os regimes peculiares do serviço público.

O *script* tem origem nos esquemas. “We begin from them fact there must be mechanisms that, regardless of what triggers them, produce adequate determinacy.”⁵⁵⁰ Os esquemas evoluem para os sistemas de diversos modos. Um dos esquemas mais sofisticado é o próprio código dos sistemas. Entretanto, aqui se trata de um tipo de esquema que evoluiu de modo diferenciado. Evoluiu para o Direito, vez que “los esquemas pueden concretarse y adaptarse a cualquier necesidad”⁵⁵¹.

À semelhança dos programas condicionais, os *scripts* também estão regidos pela idéia de isso causa aquilo⁵⁵². Entretanto, trata-se não de uma operação apenas, mas de um complexo de operações que é deflagrado a partir de um *trigger*, ou seja, um gatilho. O gatilho é, nesse caso, o fato de uma comunicação recair no lado de dentro do conceito de serviço público.

⁵⁵⁰ LUHMANN, Niklas. **Social Systems**. Stanford: Stanford University Press, 1995. p. 83.

⁵⁵¹ LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. México: Herder, 2007. p. 81.

⁵⁵² NAFARRATE, Javier Torres. **Luhmann**: la política como sistema. México: UNAM, 2004. p. 378: “En el medio de la causalidad los scripts pueden ser expresados bajo la fórmula general “esto causa esto”. La opinión pública vive de esas representaciones, aunque el hecho de que esto suceda en el medio de la causalidad habla de que no pueden quedar excluidas otras causas y otros efectos. Los scripts no llevan directamente a la decisión. Lo que ofrecen es tan sólo un esquema contingente compacto con el que, por ejemplo, se puede discutir la política migratoria: si se amplían o se restringen los límites.”

Essa problemática tem de ser mais bem estudada. Aqui se está praticamente a criar uma aplicação para os *scripts*, visso que nem mesmo Luhmann faz o *link* entre *script* e regime jurídico. Em Habermas, seria possível achar um equivalente funcional na idéia de cadeias de atos de fala ilocucionários. O efeito de um ato de fala engata-se no outro e, assim por diante, é explicado devido à disposição ao entendimento, com o *plus* de que o próximo ato é predeterminado pelo *script*. Trata-se de uma operação de “isso causa aquilo.”

Lo llamamos “esquematismos” (*Schemata*) – retomando un concepto de la psicología cognitiva. En un campo de investigación realmente mal coordinado se le da otros nombres: ‘frames’, ‘scripts’ [...] Estos conceptos designan combinaciones de sentido que le sirven a la sociedad y a los sistemas psíquicos para formar una memoria que olvida casi todas las operaciones propias, y que, sin embargo, conserva algunas en forma esquematizada para de nuevo poder utilizarlas. Ejemplos serían las formas estandarizadas de la determinación de algo como algo (bebida como vino); los esquemas de atribución que relacionan causas con efectos [...]⁵⁵³

Há um *script* que define que, se acionado um *trigger*, determinadas operações serão deflagradas. O que é o gatilho: é precisamente algo recair dentro do conceito, como já dito. Acionado o gatilho previsto no *script*, outras operações são enlaçadas: “los esquemas [...] sirven como reducciones de *complejidad estructural* para construir *complejidad operativa*”⁵⁵⁴. De fato, uma estrutura, no caso, o conceito, é enlaçada para outras estruturas, a partir de operações predeterminadas de acoplamentos operativos. O regime jurídico é precisamente essa operação.

Surgem, desse modo, indagações que precisam ser refletidas, ou seja, que tipos de operações e estruturas são enlaçadas; como ocorre a ligação operação de gatilho e as conseqüências; e, finalmente, como isso acontece no caso do serviço público. Todas as questões estão entrelaçadas.

Acerca de quais questões estão enlaçadas, é preciso utilizar-se do ferramental categorial da teoria sistêmica. Em um *script* do tipo regime jurídico, estão ligados conceitos, símbolos e programas, tanto finalísticos como condicionais. Por exemplo, quem fala em “recolhimento de lixo”, fala em princípios

⁵⁵³ LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. México: Herder, 2007. p. 81.

⁵⁵⁴ LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. México: Herder, 2007. p. 81.

de modicidade, eficiência, taxas, leis aplicáveis e assim por diante. Então é precisamente como existiu por Luhmann: de uma estrutura, o conceito, decorrem acoplamentos operativos para outras estruturas.

O *script* forma uma espécie de complexidade emergente. O regime jurídico forma uma unidade que, se bem que conectada ao todo, mantém certa complexidade estrutural própria. Utilizando-se do exemplo do recolhimento de lixo, o regime jurídico compreende, em uma observação de primeiro grau, por exemplo, a Lei Orgânica Municipal, a Constituição Federal, a Lei de Licitações e Contratos e o próprio contrato entre o ente federativo e a contratada. Indo um pouco mais adiante, poder-se-ia pensar nos conceitos e decisões passadas conexas, isso é, a doutrina e a jurisprudência.

Então, quem consegue manejar o conceito de serviço público, interfere no *script*, isso é, no regime jurídico. Se o conceito de serviço público é um *trigger* para se deflagrar, ou não, um *script*, então, observar, de modo complexo, algo como serviço público (ou não) torna-se tarefa das mais relevantes para os juristas – que, aliás, não podem demonstrar interesse nas questões sobre conceito. Algo vai ser ou não serviço público e, conseqüentemente, ter ou não o regime jurídico peculiar, se estiver fundado em razões jurídicas, e não em interesses.

Os *scripts* são trabalhados e consolidados pela doutrina e pela jurisprudência. Os juristas observam os esquemas e continuamente acrescentam um ou outro dado a mais. Essas informações podem ou não se consolidar – depende da variação do sistema. É possível agregar aos *scripts* novas variações de *triggers*, novos conceitos, novos princípios, ou, por exemplo, gerar exceções. Pode-se dizer, por exemplo, que a geração de energia é serviço público, mas sua distribuição, atividade econômica e, de exceção em exceção, modifica todo o *script*.

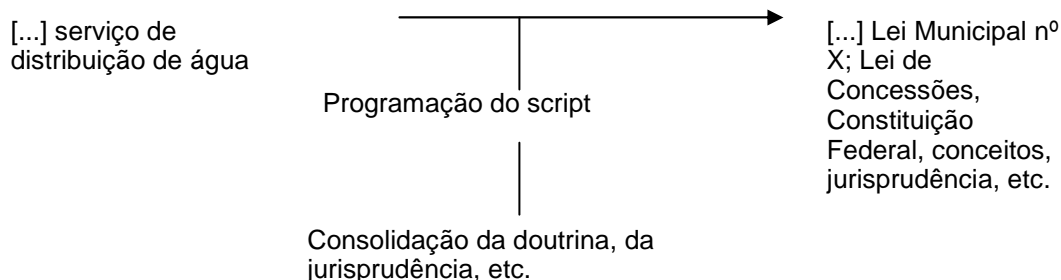
Outras vezes, pode ser interessante manter algo como dentro do conceito de serviço público, para manter um certo simbolismo de legitimidade, mas justamente para alterar o *script*. Aliás, este é tão mutável e inseguro quanto o conceito. Então o *script* é também um espaço de luta pelas significações e também tem de ter os mesmos mecanismos de absorção da incerteza.

O *script* traz alívio para suportar a complexidade e contingência ao reduzir as possibilidades de seleção. Mais ainda: à semelhança dos programas, os *scripts* aliviam também as conseqüências da ação. Como as conseqüências da ação já estão predeterminadas, quem decide não precisa se sentir responsável pelo regime jurídico. Assim, por exemplo, o fato de o serviço público de distribuição de água ou de energia ser caro a ponto de ser inacessível à população não é responsabilidade pessoal de quem está decidindo, mas sim do regime jurídico, que permite que as tarifas sejam reajustadas com critérios previstos previamente (sempre acima dos ganhos da população). Do mesmo modo, alivia-se a responsabilidade pela pouca eficácia dos serviços públicos⁵⁵⁵, que é imputada aos planejadores das políticas públicas.

Por outro lado, o *script* é interessante porque promove a tecnificação. De fato, a discussão sobre o regime jurídico do serviço público ocorre nos meios acadêmicos e nos altos tribunais; operadores jurídicos nas instâncias judiciais inferiores e nos órgãos públicos não se preocupam com a *discussão* acerca do regime jurídico, até porque se utilizam de versões mais simples desses *scripts*, com poucas remissões de uma operação a outra. Esta tecnificação faz com que a memória das discussões que levaram a um ou outro esquema de regime jurídico seja esquecida. Sem essas informações adicionais, há uma simplificação e, com isso, os operadores conseguem trabalhar com menos informações. Novamente, pode ser o caso de “rememorar” as razões pelas quais se construiu o regime jurídico em um ou outro sentido, se for necessário travar argumentações mais sofisticadas nos tribunais ou nos livros de doutrina.

Para responder à questão de como ocorre a ligação entre a operação de gatilho e as conseqüências, pode-se imaginar o seguinte esquema, utilizando-se do esquema de argumentação de Toulmin:

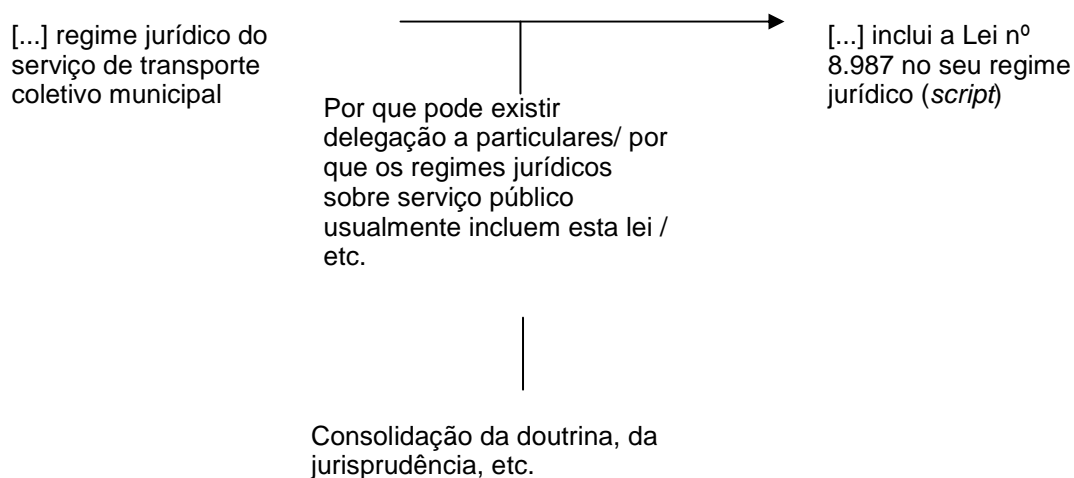
⁵⁵⁵ KRELL, Andréas J. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha**: os (des)caminhos de um Direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002. p.31: “A eficácia social reduzida dos Direitos Fundamentais sociais não se deve à falta de leis ordinárias; o problema maior é a não-prestação real dos serviços sociais básicos pelo Poder Público.”



Nesse esquema, novamente, o campo de “D” é um serviço qualquer; no campo “C”, a conclusão de que esse serviço tem tal regime jurídico. A passagem de um a outro está baseada na programação do *script*, e esta programação está baseada na consolidação das decisões do centro do sistema – tribunais (jurisprudência), e periferia – estudiosos, nomes que evocam autoridade, acadêmicos do Direito (doutrina).

Assim como os conceitos, os *scripts* são unidades que são trabalhadas e consolidadas a partir de argumentações. Os critérios de argumentação envolvem a pertinência de relações entre os programas condicionais, princípios e conceitos.

Então, seria possível imaginar o seguinte:



As razões que levam a dizer que o referido serviço deve ser permitido ou concedido já existiam a partir de outras referências. O que se faz a partir do *script* é – novamente – transformar esses conteúdos, isso é, essas complexidades estruturais, em acoplamentos operativos, ou seja, estabelecer relações predeterminadas entre diferentes operações.

A idéia de *script* guarda certa semelhança com um dos passos dos discursos de aplicação Habermas/Günther, muito embora pareça ter mais riqueza analítica. De fato, pela teoria de Habermas/Günther, no momento da aplicação é necessário, além do exame de todos os fatos relevantes, também procurar todas as normas aplicáveis ao caso e torná-las, mediante um juízo prático, coerentes. Trata-se de um desenvolvimento da idéia de *chain of law*, presente em Ronald Dworkin. É necessário, a partir das normas aplicáveis, gerar coerência. Em um linguajar luhmanniano, é necessário gerar unidades.

Usualmente, dizer que algo é serviço público conecta-se com uma maior possibilidade de o Direito e a Administração Pública interferirem sobre aquela comunicação⁵⁵⁶. Se algo for serviço público – já que serviço público cabe ao Estado (enquanto organização descrita pelo Direito) –, será necessário algum ato administrativo, por exemplo, concessão ou permissão, para que um particular exerça aquele serviço. Doutrinadores liberais, por exemplo, preferem caracterizar o máximo possível de eventuais serviços como de cunho econômico. Desse modo, pode-se tirar da órbita do controle administrativo uma série de serviços sem a necessidade de alteração na Constituição. Por outro lado, é possível construir, com apoio de programas finalísticos, a idéia de que uma grande margem de serviços é serviço público, como, por exemplo, tudo o que esteja ligado ao lazer (que dificilmente poderia ser considerado essencial), já que esse é

⁵⁵⁶ CEZNE, Andrea Nárriman. O Conceito de Serviço Público e As Transformações do Estado Contemporâneo. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília. v. N.167, 2005. p.15: “É importante que se tenha em vista que o poder público, ao eleger uma dada atividade à condição de serviço público, acaba por ensejar três ordens de conseqüências principais: i) permite a introdução de mecanismos de restrição e acesso a quem quiser explorar tal atividade (sem que isso implique necessariamente em restrição absoluta); ii) faz incidir sobre os prestadores (todos ou pelo menos parte deles) uma forte incidência regulatória; iii) acarreta para o poder público titular desse serviço (aquele a cuja esfera corresponde a competência material para explorar, direta ou indiretamente tal atividade) compromissos perante a sociedade, compromissos esses consistentes em assegurar a existência e a acessibilidade desses serviços a toda a coletividade.”

um direito fundamental – e o Estado tem, conforme programação finalística da Constituição, o dever de tutelar os direitos fundamentais.

De todo modo, não há na Constituição nada *explícito* exigindo regime jurídico tradicional de Direito Administrativo para os serviços públicos. Para alcançar tal desiderato, é necessário argumentar e trazer novas distinções. A doutrina costuma trazer, por exemplo, princípios⁵⁵⁷ que unificariam os diferentes regimes jurídicos dos serviços públicos com símbolos característicos:

Na gestão e prestação de serviços públicos devem-se observar princípios jurídicos específicos, que compreendem por sua vez desdobramentos naturais dos princípios constitucionais do regime jurídico-administrativo. Quando o Estado ou particulares (em regime de delegação ou fomento) os prestam em consonância com esses preceitos fundamentais, ficará satisfeito o dever constitucional da Administração de garantir aos administrados serviços adequados às necessidades coletivas [...] Podem ser identificados como princípios do regime jurídico do serviço público: I) o princípio da obrigatoriedade; II) o princípio da continuidade; III) o princípio da regularidade; IV) o princípio da igualdade; V) o princípio da universalidade; VI) o princípio da mutabilidade; VII) o princípio da modicidade; VIII) o princípio da eficiência; IX) o princípio do controle. [...] Caso o serviço público possa ser prestado em regime de competição, o princípio constitucional da livre *concorrência* tem plena incidência em sua prestação, desde que devidamente harmonizado com os princípios que compõem o elenco supracitado⁵⁵⁸.

Deve-se lembrar, por outro lado, que os regimes jurídicos sobre serviço público diferem em muito⁵⁵⁹, de modo que até o esforço por caracterizar o que é serviço público se torna um pouco vão, transferindo-se o problema para a

⁵⁵⁷ CEZNE, Andrea Nárriman. O Conceito de Serviço Público e As Transformações do Estado Contemporâneo. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília. v. N.167, 2005. p.9: “Entretanto, da evolução do conceito de serviço público na doutrina francesa, assentaram-se ao menos os princípios aplicáveis a esse campo, as “Leis de Rolland”, sistematizadas por Louis Rolland, que elegeu três princípios fundamentais: a continuidade, a igualdade e a mutabilidade. A continuidade, já preconizada por Duguit, apontava a necessidade de os governantes organizarem o serviço público e o controlarem de forma que se assegurasse o seu funcionamento ininterrupto. A igualdade, substanciada de várias formas, como, por exemplo, a igualdade no recrutamento de pessoal, na prestação de serviços aos usuários (embora nesse caso possa ser diferenciada em virtude de caráter econômico da atividade), etc. A mutabilidade, ou adaptabilidade, consistindo na necessidade de o conceito de serviço público acompanhar as mudanças da sociedade no tempo e as novas exigências nascidas nesse processo.”

⁵⁵⁸ FRANÇA, Vladimir da Rocha . Reflexões sobre a prestação de serviços públicos por entidades do terceiro setor. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Atlas, 2004.v. 238. p.93-95.

⁵⁵⁹ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p.119: “De outra banda, é certo inexistir uma totalidade normativa que se possa referir como regime de serviço público, além do que, sobretudo quando cuidamos das empresas estatais – empresas públicas e sociedades de economia mista – que exploram atividade econômica em sentido estrito ou que prestem serviço público, impõe-se distinguirmos entre diversos níveis ou modelos de regimes jurídicos.”

caracterização de “serviço público disso” e “serviço público daquilo”⁵⁶⁰. De fato, serviços públicos tais como energia, águas, e assim por diante, apresentam regramentos próprios. Até mesmo os princípios clássicos do serviço público, como universalidade e modicidade, cedem diante dos regramentos casuísticos de um ou outro regime, de modo que a formatação de um regime jurídico único é extremamente difícil. Esta complexidade prejudica o próprio conceito de serviço público. Aliás, se a tendência se mantiver, até mesmo o conceito de serviço público se tornará inútil, visso que colocar algo do lado de dentro do conceito ligará a comunicação meramente aos símbolos do sistema, mas não mais a um *script* na forma de regime jurídico. Aqui se aplica aquela tendência conhecida de *hiperinflação* de normas que, ao invés de tornarem o Direito mais compreensível, efetivamente causam o contrário.

O regime jurídico (não só do serviço público, mas dos institutos jurídicos em geral) necessariamente é circular, porque abrange referências que se remetem umas às outras; as hierarquias só existem a partir de observações que levem em conta, precisamente, hierarquias. Dentro do Direito, tal observação é comum, muito embora a noção de Direito em rede comece a aparecer também para a dogmática⁵⁶¹. A partir de uma observação da sociologia, a existência de um conceito que explique a Constituição é tão importante quanto a Constituição, a não ser que se queira realizar um tipo de observação que justamente dê esse privilégio ao texto constitucional.

⁵⁶⁰ Para ilustrar a opinião da dogmática: ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos Serviços Públicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 129: “[...] grande parte dos conceitos existentes na doutrina dos serviços públicos abrange, com maior ou menor amplitude, atividades estatais que, se possuem a mesma base axiológica ou teleológica – o bem-estar da coletividade –, têm regimes jurídicos com pouco ou nada em comum [...]”

⁵⁶¹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos Serviços Públicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p.369-370: “Característica não exclusiva, mas peculiarmente forte nos serviços públicos, é que geralmente as suas leis se organizam em redes normativas. Apoiam-se na Constituição, mas a partir de sua edição legitimam, expressa ou implicitamente, uma série de outras fontes normativas: públicas (regulamentos, editais de licitação e contratos de concessão editados pelo Poder Executivo central ou por entidades reguladores setoriais), semipúblicas (normas de autorregulação chanceladas pelo poder público) ou privadas (regulamentos das concessionárias, regulamentos de empresa etc.) [...] o que importa destacar é que o marco regulatório dos serviços públicos é constituído de elementos que não se relacionam apenas de maneira piramidal, havendo uma teia normativa disposta de forma flexível e inter-relacionável, que produz fluxos normativos multidirecionais, tanto de forma horizontal (normas de idêntica hierarquia), como vertical (normas de hierarquia diversa integrantes de distintos setores normativos – ex.: resolução da ANATEL versus lei consumerista).”

Também é necessário dizer que, de modo igual, o fato de determinadas comunicações estarem predeterminadas não significa que, necessariamente aquelas operações irão ocorrer. Uma série de acontecimentos podem interromper a presente cadeia. É possível, por exemplo, que se estabeleça uma exceção para aquele caso em questão, ou é possível, também, que se incorra em um erro que pode passar despercebido ou ser descoberto muito tempo depois. Enfim, o fato de algo estar predeterminado a acontecer pelo Direito não significa que vá acontecer, por óbvio, mesmo que repetidamente tal aconteça.

De todo modo, o conceito de público, a partir de uma percepção do Estado Democrático de Direito, versão habermasiana, não é tão vazio, pelo menos se se estiver a falar de procedimentos. O público está operativamente acoplado com uma idéia de comunidade que atua sobre ela mesma. Só é público aquilo que pode ser observado como atuação comunitária. Nesse sentido, é necessário que existam mecanismos de abertura comunicativa, tanto à criação quanto à execução do serviço público. Evitar essa participação significa transformar o público em privado, e aí essas comunicações já não fazem mais sentido para esse trabalho.

Também é preciso lembrar das ligações do serviço público aos símbolos da igualdade e justiça. Parece que um conteúdo mínimo para o regime jurídico do serviço público consubstancia-se em uma certa ligação com a consistência das decisões, em conjunção com a idéia de igual tratamento. O serviço público há de promover a igualdade, bem como tratar todos igualmente. A igualdade parece que deve estar sempre do lado de dentro das distinções possíveis de se falar em serviço público. Então é uma operação que está profundamente arraigada no sistema e que pode ser interpretada como necessária (muito embora nada escape à contingência, e a relação de necessidade seja apenas uma ilusão gerada pela consistência do sistema), é uma operação de ligação com a igualdade, seja ela qual forma tomar. Novamente, uma ligação com Habermas é possível através da idéia de auto-atribuição de direitos fundamentais. Serviço público é aquilo que está ligado à auto-atribuição de direitos fundamentais, podendo o Direito dar nome para as categorias pertinentes; por exemplo, o serviço público usualmente aparece na doutrina como aquilo que está vinculado aos direitos fundamentais de segunda e terceira dimensão. De todo modo, o regime jurídico do serviço público

tem de, pelo menos, possibilitar esse vínculo, senão há séria subversão da noção de serviço público. Isto quer dizer, novamente, que tem de existir algum tipo de mecanismo discursivo para uma comunidade atuar sobre si mesma, criando tanto os direitos fundamentais como os modos pelos quais esses direitos fundamentais serão efetivados – sendo o serviço público um desses mecanismos.

A doutrina tenta estabelecer regras para a intervenção do Estado buscando encontrar, no texto constitucional, limites para a atividade do Estado, e criando princípios, tais como o da subsidiariedade da atuação estatal⁵⁶². esse é reflexo justamente do lado jurídico da Constituição, enquanto acoplamento com a Política: estabilizar, conservar expectativas. Faz parte das reflexões do Direito, portanto, uma observação de quando as organizações políticas devem atuar mediante serviços públicos, bem como quando não devem fazê-lo. O conceito de serviço público serviria de *discrímen* para essa diferença.

A questão do regime jurídico administrativo é importante, uma vez que, ao contrário do que usualmente se interpreta para os serviços providos pela iniciativa privada, o serviço público reger-se-ia por princípios característicos – claramente vantajosos ao cidadão -, tais como o da igualdade, da continuidade, da mutabilidade, da modicidade e da cortesia⁵⁶³.

Existe o argumento de que a Constituição restringe o conceito de serviço público, uma vez que a livre iniciativa seria um direito fundamental. Desse modo, um aumento desmedido do que vem a ser serviço público seria considerado inconstitucional:

Restaria perguntar: pode o Estado qualificar – submetendo-se, por via legislativa, como é óbvio - qualquer atividade que deseje como serviço público, assumindo-a e submetendo-a ao “regime de Direito Público”? Ou é preciso que a atividade em tela possua uma “natureza”, uma “substância íntima” de serviço público?⁵⁶⁴

⁵⁶² FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Direito Administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 702.

⁵⁶³ FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Direito Administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 715.

⁵⁶⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2000. p.586.

Desse modo, quanto mais serviço público, em tese, menos espaço para a iniciativa privada, e isso se constituiria como um atentado às liberdades fundamentais. Uma observação possível, que deve ser refutada, ou não, é a da oposição serviço público/libre iniciativa. Alguns doutrinadores até ligam a problemática com os princípios do Estado Democrático de Direito, buscando encontrar, na Constituição, uma organização da economia mediante alguns critérios:

De acordo com o modelo constitucional adotado pela maioria dos países, inclusive no Brasil, a ordem econômica se submete aos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência. De acordo com esses princípios, a satisfação das necessidades da população deve ser promovida pela própria sociedade, a partir da idéia de liberdade de empresa e de economia de mercado. O núcleo básico desses conceitos reside no fato de que a iniciativa e a decisão sobre quais atividades vão ser desenvolvidas no âmbito privado com vista à satisfação das necessidades da população permanecem nas mãos dos particulares, e não do Estado⁵⁶⁵.

Nessa linha, só deve existir atuação do Estado – e assim, serviço público - quando a sociedade (isso é, os agentes econômicos com capacidade de investimento) não conseguirem realizar o serviço (ou não encontrarem interesse econômico).

Interessante é a opinião de Luhmann sobre o tópico em comento, ao observar o sistema político como ocupado com uma função característica, e não com matérias específicas:

Si el sistema político, en ele modo en que fue descrito arriba, siempre ha de ocuparse de sí mismo y de una realidad creada en parte por él mismo, no hay ningún “indicador objetivo de los límites de la actividad estatal” con el que poder comparar la realidad con el fin de determinar si el sector estatal se reserva demasiado espacio o no el suficiente⁵⁶⁶.

Ocorre que a controvérsia não vai se solucionar. A solução (como seleção contingente estabilizada) só vai vir ou com violência simbólica, através de *jumps* argumentativos para disfarçar as inconsistências (o que é mais provável), ou vai vir na forma de participação democrática, o que seria ideal. Isso porque nada

⁵⁶⁵ FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Direito Administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 710.

⁵⁶⁶ LUHMANN, Niklas. **Teoria Política en el Estado de Bienestar**. Madrid: Alianza Universidad, 2002. p. 103.

impede que mais e mais o Direito se utilize da figura dos serviços públicos impróprios, ou seja, que não são exclusivos do Estado. Desse modo, não há nenhum problema de violação da livre iniciativa. Além do mais, nessa seara, entra-se na interminável discussão sobre o balanceamento dos direitos fundamentais. Poder-se-ia pensar que, justamente como os serviços públicos garantem os direitos fundamentais, a livre iniciativa deveria ceder espaço para a garantia dos demais direitos fundamentais.

A doutrina estabelece uma relação de necessariedade entre serviço público prestado pelo Estado e regime jurídico de Direito Público. Por exemplo, para Celso Antônio Bandeira de Mello, algo só é serviço público se for regido pelo Direito Administrativo⁵⁶⁷. Ou seja, faz parte das preocupações do Direito estabelecer, de antemão, qual será o regime jurídico do serviço público, ou seja, de Direito Público ou Privado.

Depois, o art. 175 da Constituição não veda e também não obriga expressamente (do mesmo modo que o faz no 173, § 1º, II) a que o Estado brasileiro somente se valha de formas de direito público para que o serviço público seja prestado. Seria possível então argumentar que, no âmbito do serviço público, o Estado pode (nos casos de descentralização por outorga) valer-se tanto de autarquias quanto de empresas públicas, sociedades de economia mista (e mesmo fundações) para prestar serviços públicos⁵⁶⁸.

O problema do serviço público tem efetiva ligação com a questão das competências federativas. Determinadas competências são destinadas aos entes federativos. Elas são organizadas em termos extremamente vagos, com pouca conseqüência para ação. Basta ver a idéia de “interesse local” que envolve a competência para, por exemplo, a atuação do município, com o qual, de todo modo, deverá desenvolver serviços públicos que atendam ao “interesse local”. Assim, é imperioso refletir acerca da semântica de serviço público para o estabelecimento das competências.

Pode-se pensar que particulares podem prestar serviço público, mesmo nos casos onde não há delegação através de concessão ou permissão, como

⁵⁶⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2000. p.576.

⁵⁶⁸ RODRIGUES, Itiberê de Oliveira Castellano. Fundamentos Dogmático-Jurídicos dos Serviços Públicos na Constituição de 1988. In: REIS, Jorge Renato dos; LEAL, Rogério Gesta. **Direitos Sociais e Políticas Públicas**. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2007. p.2201.

ensino e saúde. Desse modo, uma reflexão importante está vinculada com o grau de intervenção possível, a ser realizado pelo poder público:

Isso permite depois a conseqüente pergunta: se podem então os “serviços públicos” ser submetidos (total ou parcialmente) a um regime de direito privado – e, de modo inverso, pergunta sobre o grau de ingerência do chamado poder de polícia administrativo sobre as atividades econômicas de “livre exercício” pelos particulares, acima de tudo em face da parte final do art. 170, § único, da Constituição de 1988⁵⁶⁹.

Algumas vezes se entende serviço público como aquela atividade que só o Estado pode prestar, ou franquear ao particular mediante delegação. Outras vezes, serviço público é entendido em sentido amplo, como atividades que, apesar de abertas à iniciativa privada, estão sujeitas à fiscalização, como a educação ou saúde. As conseqüências jurídicas e econômicas de uma tal reflexão são extremamente relevantes, posto que, se se considerar que determinadas atividades são obrigação do poder público – ou que, pelo menos, podem ser prestadas por esse – diminui o espaço de atuação das empresas capitalistas. Se o Estado deve prestar uma grande quantidade de serviços públicos, a exigência dos destinatários será uma questão de cidadania, e não de mero consumo. Do mesmo modo, isso estará ligado a maiores exigências fiscais para o financiamento do serviço público.

A jurisprudência apresenta soluções casuísticas, sem maiores construções. Alguns julgados são dignos de nota, contudo. Em discussão que versava sobre a continuidade do serviço de limpeza de lixo urbano, quando não paga a respectiva taxa, o STF conclui que

o que importa, no caso, é examinar a natureza do serviço prestado, para saber se é ele um serviço devido pelo Poder Público (e, portanto, obrigatório para ele), ou se apenas esse pode, ou não prestá-lo, o que implica dizer que a prestação é facultativa para ele, e, conseqüentemente, se ele o presta, o particular tem, também, a faculdade de usar ou não [...] Que se trata de função pública essencial o serviço da remoção de lixo demonstra-o a simples circunstância de que ele é desses serviços que não podem ser interrompidos ainda que o particular não pague a contrapartida que lhe é exigida, e isso porque está em jogo interesse mais alto: o da preservação da saúde pública. Imagine-se o que aconteceria se parte

⁵⁶⁹ RODRIGUES, Itiberê de Oliveira Castellano. Fundamentos Dogmático-Jurídicos dos Serviços Públicos na Constituição de 1988. In: REIS, Jorge Renato dos; LEAL, Rogério Gesta. **Direitos Sociais e Políticas Públicas**. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2007. p.2182.

dos habitantes de uma cidade deixasse de pagar essa contrapartida e o Poder Público interrompesse a prestação do serviço de lixo, que se iria acumulando dentro das casas, quintais e calçadas.⁵⁷⁰

Novamente, exceto para a questão da licitação e concurso para os serviços públicos próprios, a Constituição não exige regime jurídico público para os serviços públicos (pelo menos textualmente) – embora este pareça ser mais conforme com os direitos fundamentais.

O regime jurídico tem a missão de resolver uma série de outros problemas, como, por exemplo, a distinção preço/taxa⁵⁷¹, concessão/permissão/autorização⁵⁷², concorrência/não concorrência. Diante do objetivo desse trabalho, não é necessário entrar em tal nível de detalhe.

Retomando as construções desse capítulo, é possível dizer:

1. Uma comunicação está vinculada ao Direito se se ligar ao código Direito/não-Direito. A ligação ao código fica vinculada à existência de programas. Existem programas em todos os sistemas parciais da sociedade.

2. Existem dois tipos de programas pertinentes ao sistema jurídico: programas condicionais e programas finalísticos. Os programas condicionais operam a partir da lógica se/então. Os programas finalísticos, como o próprio nome diz, estabelecem fins a serem perseguidos. Como não há garantia do alcance desses fins, é necessário que se opere a sua contínua correção.

⁵⁷⁰ STF, RE 89.876, in RTJ 98/230.

⁵⁷¹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos Serviços Públicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p.609: “Se o usuário tem a liberdade de, caso queira, se valores de outros meios adequados à satisfação das suas necessidades (serviços públicos voluntários), será tarifa (ex.: pode-se usar a luz elétrica fornecida pelo serviço público, ou usar a energia solar, um gerador particular, ou mesmo viver sem luz). Já quando o usuário não possuir a opção de não utilizar o serviço (serviços públicos compulsórios) será taxa (ex.: na maior parte dos municípios brasileiros, os particulares não podem se recusar a receber o serviço público de coleta domiciliar de lixo, constituindo inclusive infração administrativa a utilização de outro meio para se livrar do lixo produzido).”

⁵⁷² ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos Serviços Públicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p.728: “Em outras palavras, o importante é identificar a atividade regulada: se serviço público, o consentimento da Administração Pública será concessão ou permissão. Se atividade privada, será autorização. Não é pelo fato de a lei ou regulamento se referir nominalmente a “autorização” que, como em um passe de mágica, a atividade deixa de ser serviço público (ou monopólio público) para ser uma atividade privada. Se o regime jurídico da atividade indicar os traços da titularidade estatal, o instrumento que legitima a sua prestação por particulares terá necessariamente natureza contratual. É a natureza estatal ou privada do serviço que determina a forma, e não vice-versa.”

3. Os programas tecnicizam o sistema, no sentido de que é não necessário recorrer a comunicações para a fundamentação do programa. Do mesmo modo, descarregam os atores das conseqüências de sua ação.

4. Apesar de um conceito não ser, evidentemente, uma norma, a hipótese desse trabalho vai no sentido de que ele pode ser entendido como um programa condicional, contudo. Do mesmo modo que o conceito é uma expectativa que permanece mesmo quando frustrada, também o conceito opera no sentido se/então. Isso significa que, se, eventualmente, determinado serviço tiver todas as distinções necessárias, deverá ser considerado serviço público.

5. Além disso, o conceito se enlaça com os demais programas (em uma cadeia operativa) porque é pressuposto de compreensão, tanto dos programas condicionais quanto dos programas finalísticos.

6. Essa é uma ponte para um problema não analisado – pelo menos de maneira expressa – por Luhmann e Habermas, que é o regime jurídico. A hipótese do trabalho é que o regime jurídico se explica através dos *scripts*. De fato, como os juristas se movimentam a partir do regime jurídico, trata-se de um fenômeno sociológico de relevo, assim como a própria norma, que não pode passar despercebido, sem teorização.

7. O *script* é uma espécie de esquema. O esquema é um mecanismo que produz determinadas operações. Os esquemas adaptam-se à necessidade do sistema. Um dos esquemas do sistema evoluiu em forma de *script* para a geração de uma importante conquista evolutiva, que é o regime jurídico.

8. O regime jurídico rege-se por uma lógica de “isso causa aquilo”, à semelhança dos programas condicionais. Se “serviço público”, então, “normas, conceitos e princípios X, Y e Z”; do mesmo modo, “se serviço público de recolhimento de lixo”, então, “regime jurídico do recolhimento de lixo”. Entretanto, não se trata de uma estrutura, mas, sim, de uma transformação de complexidade estrutural em operativa. Em si mesmo, o regime jurídico não traz nenhuma novidade, mas o regime jurídico é importante porque estabelece acoplamentos

operativos. Sob uma mesma unidade, são acoplados, para a solução de um problema específico, conceitos, normas e princípios.

9. O *script* funciona da seguinte forma: a partir de um evento gerador, um gatilho (*trigger*) – que, no caso, é considerar-se algo como serviço público – estabelecem-se relações de acoplamentos operativos previamente determinados. Cada “espécie” de serviço público vai se ligar, desse modo, a outros conceitos, normas e princípios; por exemplo, algumas modalidades de serviço público exigem monopólio (Correios), outras permitem concorrência (telefonia – se for considerada serviço público), enquanto outras ainda se vinculam a uma relação de subsidiariedade com as organizações governamentais, como é o caso da educação. Existe uma luta na doutrina para unificar (ou não) o regime jurídico do serviço público sob determinados princípios; sem se vincular a termos extremamente genéricos, tal não é possível no ordenamento brasileiro, haja vista que reina uma pluralidade de regimes jurídicos.

10. O *script* é uma forma de alívio para a insuportabilidade da indeterminação, vez que reduz o espectro de possibilidades. Além disso, existe também a retirada da carga de responsabilidade pelas conseqüências da ação. É preciso notar, contudo, que não existe garantia de que o *script* vá acontecer. Esta é outra complexidade.

11. A tecnificação operada pelo conceito reduz a complexidade ao não se perquirirem as razões do *script*. Desse modo, torna-se mais fácil para os operadores jurídicos lidarem com o regime jurídico, uma vez que também não é necessário que tenham grande capacidade cognitiva ou crítica.

12. A partir de uma autodescrição do Direito que reentra na forma de sua crítica, pode-se dizer que o serviço público – se for entendido como uma maneira de uma comunidade atuar sobre ela mesma – tem de ter um regime apropriado para tanto, o que implica na existência de mecanismos e princípios que garantam o mínimo de participação dessa mesma comunidade na geração e execução dos serviços públicos.

13. Do mesmo modo, a vinculação do serviço público aos símbolos do sistema também pode levar a acoplamentos operativos que possam parecer tão consolidados, a ponto de serem observados como constitutivos do sistema. Por exemplo, o serviço público deve estar ligado a regras e princípios que, de algum modo, privilegiem a igualdade e os direitos fundamentais, enquanto conquista de uma comunidade que evolui.

CONCLUSÃO

A idéia dessa conclusão é retomar os objetivos e hipóteses que foram tratados no decorrer do trabalho. A primeira questão refere-se à satisfação de uma temática relacionada com as linhas de pesquisa do doutorado da Unisinos. No caso, Sociedade, Novos Direitos e Transnacionalização – contexto no qual esse trabalho se insere. De fato, o trabalho, ao elaborar a observação (que se pretendeu interdisciplinar) do conceito de serviço público a partir de uma observação sistêmica, acaba por,, pelo menos, tentar se afastar da observação trivial da dogmática jurídica. As categorias utilizadas estão enraizadas fortemente em uma observação construída a partir da sociedade. Como afirmado, o conceito de serviço público é um conceito de serviço público do Direito – que só pode ser o Direito da sociedade.

O objetivo geral era, é necessário lembrar, observar o conceito de serviço público, e observar a partir da matriz teórica pragmático-sistêmica. O problema construiu-se a partir da indagação acerca da capacidade das categorias dessa matriz teórica de alcançar uma observação mais sofisticada do conceito de serviço público – bem como a observação de como o observa o conceito de serviço público. A hipótese principal é que a matriz pragmático-sistêmica permite observações diferenciadas do conceito de serviço público. Esta hipótese é apoiada pelas demais. As demais hipóteses foram construídas em torno da idéia de função do conceito de serviço público. O conceito de serviço público – observado a partir da perspectiva sistêmica – teria várias funções. Essas funções estão inseridas no discurso da dogmática.

Conceituar significa operar sentido em um sistema. Claro que não se está a falar em sistemas biológicos. Conceituar só faria sentido para sistemas psíquicos e sociais. Entretanto, o conceito é uma forma de conhecimento e, como tal, só pode ser social. Em sendo social, é formado por comunicações.

A comunicação gera formas, distinções. A distinção é o que permite o sentido no mundo. Uma distinção gera dois lados onde nada havia.. O que é mais interessante é que a distinção também indica um lado. De distinção em distinção, formam-se cadeias de sentido que permitem o agir no mundo.

A idéia de conceito de algo é mais comumente achada no sistema da ciência. esse sistema opera predominantemente a partir da verdade/inverdade. O conceito, na ciência, tem uma função específica de simplificar distinções. O conceito dá unidade a diferentes distinções, agregando-as.

É muito difícil defender, contudo, a idéia de que o discurso que forma conceitos no Direito – a dogmática – é uma comunicação acoplada operativamente com a ciência. Isso porque o código da ciência é a binariedade verdade/inverdade. Os conceitos jurídicos estão ligados com o sistema jurídico, isso é, com o código direito/não-direito. É a partir daí que se deve pensar.

O conceito de serviço público é uma forma que está ligada a outra forma, a do próprio serviço público. O serviço público necessita de uma unidade da diferença para poder cruzar de um lado a outro. Falta-lhe, contudo, essa informação. Quem cumpre esse papel de possibilitar o sentido – e com isso, a existência – do serviço público é o conceito de serviço público. Com isso, o conceito de serviço público não só distingue, mas também permite que exista o próprio serviço público (enquanto comunicação que é).

Ainda dentro dessa primeira função, pode-se dizer que o conceito de serviço público reduz complexidade. Se bem que essa seja uma função trivial das operações do sistema, é importante dizer que o conceito de serviço público faz isso de modo especial. O primeiro modo como o faz, é claro, é redundante: o conceito de serviço público serve para indicar o conceito de serviço público. Este conceito, e aí já é um avanço, agrega distinções internas, tais como público/privado, prestação/serviço, utilidade pública/privada, governo/iniciativa privada e assim por diante. É, por assim dizer, uma distinção de distinções.

O conceito de serviço público aparece – ao Direito – ligado ao serviço público como se fosse uma coisa só. Desse modo, os juristas podem se reportar

ao conceito ou ao serviço público indistintamente, como se fosse uma coisa só. Essa simplificação, se bem que leve à perda de riqueza analítica, é compensada com ganhos em operatividade do Direito.

O conceito de serviço público pode ser observado a partir de uma dualidade dureza/vagueza sob o aspecto distintivo. Como o conceito de serviço público é uma distinção de dois lados, o sistema ganha em determinabilidade, tendo apenas duas alternativas. Essa dureza do conceito de serviço público vem à custa da abertura das distinções internas. O conceito acaba aceitando diversos conteúdos. Esta abertura, contudo, é positiva para o sistema, tendo em vista que forma um repositório de conceitos que servem de acoplamento operativo para que o sistema continue a operar. A pluralidade de conteúdos não é confortável, porém não é desesperadora. O Direito tem pressão para decidir, mas também dispõe de meios de assimilação de controvérsias no tempo. Isso significa que o conteúdo do conceito de serviço público nunca é decidido de uma vez por todas. A resposta final é sempre adiada, e os juristas podem argumentar uns com os outros a excelência de uma ou outra posição. esse modo de operar tem uma vantagem fundamental: a vagueza/pluralidade não atinge o próprio serviço público. Plural e vago é o conceito. O serviço público sempre é duro, seja na forma, seja na diferença: serviço público é aquilo que o conceito de serviço público diz que é. É uma condição do sistema: como formar expectativas acerca daquilo que não se sabe o que é?

Esse modo de operar do Direito – diluindo as questões no tempo – é acrescido de uma recursividade nas decisões sobre conceitos. Ao contrário das decisões judiciais, que se encontram no centro do sistema, as decisões sobre conceitos estão difusas em todo o sistema: na periferia e no centro. Claro que existe uma predominância da atividade doutrinária, mas, mesmo aí, existe a difusão de responsabilidades em diversos autores. Afora também a construção jurisprudencial sobre os conceitos – até porque mesmo quem decide, por último, o que é isso/o que é aquilo, em última instância, acabam sendo os tribunais.

Essa recursividade permite, também, a assimilação tranqüila dos conceitos. A partir de uma visão um tanto quanto utópica, o ideal seria uma esfera pública científica (por que não também comunitária?) crítica, capaz de observar

as novidades como novidades, de modo adulto. Entretanto, ainda é necessário que os juristas aloquem, em suas argumentações ordinárias – a fim de gerar adesão –, recursos a opiniões antigas e à tradição do sistema. Agem como se o novo estivesse, desde já, sempre no sistema.

O sistema aprende selecionando – criando para si mesmo – alternativas. O conceito de serviço público é uma porta de entrada para novas possibilidades sobre serviços públicos. A partir daí, o sistema detecta novas comunicações como serviço público, além de reciclar a própria noção de serviço público. Entretanto, existem critérios. Como diz Luhmann, tratam-se de alternativas conforme a própria recursividade do sistema, isso é, viáveis. Desse modo, uma comunicação sobre serviço público tem de se ligar ao sistema a partir de uma primeira redundância. O conceito de serviço congrega duas primeiras distinções internas. A primeira questão é dizer o que é serviço. Para fins de não fechar o conceito, não é necessário caracterizar serviço de maneira precisa nesse pé. Entretanto, serviço tem de ser alguma coisa que não seja meramente estática. Tem de ser uma operação de atuação, e não de geração de símbolos tomados como representação. Entretanto, não é qualquer serviço, mas sim algo público.

É difícil dizer o que é público. Se bem que nunca exista um argumento definitivo final, é possível identificar duas distinções internas que levam ao público. Nesse particular, socorreu-se o trabalho de Habermas. O público não pode ser aquele interesse privado. O contrário disso é uma comunicação aberta. Daí a necessidade de o público ser aquilo que pode se ligar com uma ação comunicativa. Uma comunicação pública é, assim, intersubjetiva. Entretanto, isso é muito pouco: é necessário enlaçar o público com um processo de escolha do que é precisamente o público. Serviço público e democracia estão conectados conceitualmente, desse modo – e os juristas precisam fazer malabarismos argumentativos para desvincular serviço público da democracia e acoplá-lo à razão instrumental.

Por outro lado, é necessário selecionar os conceitos de serviço público (ou as distinções possíveis para integrar o conceito de serviço público). Muito embora uma auto-observação do Direito exija que se descubra o conceito correto de serviço público, é imperiosa para o sistema a existência de um repositório de

conceitos de serviço público (ou, melhor dizendo, de diversas distinções possíveis para o conceito). esse problema é resolvido pela contínua discussão e pela desnecessidade de resolver, de uma vez por todas, o conceito: resolvem-se casos, não conceitos.

Os conceitos selecionados irão consolidar-se para a formação das estruturas do sistema. O conceito é uma espécie de consolidação de observações/interpretações sobre textos, formatado a partir de argumentações. Desse modo, o problema sobre as distinções que compõem o conceito de serviço público é um problema argumentativo. O conceito de serviço público vai sendo corrigido e alterado ao sabor das modificações do sistema. Torná-lo preciso demais, com inúmeras distinções, contudo, é inútil para o sistema, visso que as demais comunicações não poderão se enlaçar ao conceito.

O problema é saber que distinções serão selecionadas para fazer parte do conceito. Em primeiro lugar, obviamente, aquelas capazes de girarem em torno do eixo de oscilação do código e da redundância do serviço público. Muito embora seja difícil dizer *qual* distinção será a selecionada, e o fato de que as distinções atuais estão baseadas em outras comunicações que estão baseadas em outras comunicações e assim por diante, o conceito de serviço público oferece um porto seguro para os juristas. Para amenizar o problema da indeterminação do conceito, o Direito responde em formas de teorias; uma delas foi exposta em forma de autodescrição do Direito, qual seja, a de Habermas.

A teoria de Habermas não fala sobre conceitos; fala, contudo, sobre critérios de criação e aplicação de normas – critérios esses regidos pela noção de discurso e de universalização. Dois discursos são responsáveis, respectivamente, pelas tarefas de justificação e aplicação de normas. Não há diretivas sobre o comportamento doutrinário, de modo que se fez necessário construir um terceiro tipo de discurso, a saber, um discurso de mediação. esse discurso versa sobre a necessidade de a doutrina tornar operativos os respectivos discursos e mediá-los. Desse modo, esse discurso rege-se por uma idéia de continuidade argumentativa de um discurso a outro, permitindo uma decisão coerente. Os critérios do discurso foram construídos a partir de uma radicalização das pretensões de validade de um ato de fala. Desse modo, um bom conceito de serviço público deveria atender,

de modo pleno às pretensões de validade, de intelegibilidade, de veracidade, de verdade e de correção.

Após a seleção, são necessários critérios de observação. Para tanto, existe a noção de reestabilização. Após a seleção, o sistema pode ser recortado para observação. Se o que está em cima é o que está embaixo, então, essa lógica pode ser utilizada para a criação de episódios de observação do sistema, notadamente a função de memória em um dado momento. Essa função é essencial para o sistema enlaçar novas operações, e tem por conteúdo a idéia de uma operação realizada no presente, mas que recorda e omite ao mesmo tempo. O conceito de serviço público também cumpre essa função de memória para o sistema jurídico, possibilitando a geração de redundâncias e a visão de passado do sistema.

A função de memória é interessante para a explicação do conceito de serviço público porque, ao mesmo tempo em que se recordam e se consolidam distinções, também se omitem as referências que remetem à história da construção do conceito. A partir dessa omissão, reduz-se a complexidade das operações do sistema. Entretanto, em argumentações, é possível pôr-se à prova novamente a história do conceito, para melhorá-lo ou para ligar (ou não) alguma outra comunicação qualquer ao conceito.

Falando-se em omissão das complexidades, as próprias teorias sobre o Direito realizam tal papel, ao levarem para outro nível os problemas de conhecimento do Direito e, com isso, liberarem as operações mais imediatas necessárias para operação, entre elas, o conceito de serviço público.

É interessante lembrar que a memória, enquanto reestabilização, dá segurança. Sabe-se da complexidade e contingência das decisões; entretanto, essas são trabalhadas como se inexistentes. As decisões a partir da memória do conceito de serviço público são decisões baseadas em programas se/então. O programa do conceito deve conter as distinções necessárias, e a consequência é o acoplamento operativo com o conceito. Uma vez ligado ao conceito, deflagra-se o *script*, visso logo abaixo.

Outro de tipo observação pode ser realizado a partir da distinção entre expectativas normativas e cognitivas. A conhecida divisão de Luhmann é útil para se perceber que o conceito, se bem que não seja uma norma, está orientado ao Direito. Isto porque ele permanece mesmo na recalcitrância – idéia típica das expectativas normativas. De outra banda, ainda bem que o traço normativo seja predominante, pode-se dizer que no conceito a aprendizagem é, pelo menos, mais rápida, haja vista que a doutrina é percebida como *locus* menos sagrado que a legislação.

A problemática do serviço público está intimamente ligada com a do poder, descrita por Luhmann. O poder é uma comunicação que evita outras comunicações e se caracteriza na disponibilidade que *alter* tem de obedecer a decisões de cunho desconhecido de *ego*. esse meio socialmente generalizado de comunicação põe-se ao dispor dos mais diversos fins da política, notadamente, do serviço público. Outra problemática está enlaçada com a capacidade de se dizer o que é serviço público e com a disposição dos ouvintes em aceitar a definição de serviço público.

O modo como o serviço público atua e é definido pode ser observado a partir de uma perspectiva também habermasiana. esse autor faz uma distinção sem equivalentes em Luhmann, que é o sistema/mundo da vida. Os sistemas são originados a partir dos meios envoltos em uma razão instrumental e, na modernidade, acabam expandindo-se para além de seus limites razoáveis. No caso, o poder coloniza o mundo da vida, ao exigir cada vez mais comunicações sem que seja necessária a defesa de pretensões de validade. Existe uma tecnificação do uso do poder e não há dúvidas de que a problemática do serviço público está envolta nessa tecnificação.

O poder e o serviço público estão ligados ao sistema da Política. esse sistema é regido pelo código governo/oposição, tendo a função de estabelecer programas vinculantes para toda a sociedade. Possui, como símbolo, a legitimidade – além de o próprio poder servir de meio ao serviço público. Internamente, o sistema da Política divide-se em Política em sentido estrito, Administração e Público. O Direito media as relações entre esses sistemas através de suas categorias. A hipótese, contudo, é que o serviço público faz mais

do que simplesmente ser um produto do Direito para a mediação interna da Política. O serviço público é um acoplamento estrutural entre política e Direito e desenvolve-se a partir dos estímulos recíprocos dos dois sistemas. Esses estímulos são percebidos, de cada lado, a partir de sua lógica. Por exemplo, o sistema da política recebe irritações do Direito na forma de programas finalísticos que se entrelaçam com as decisões vinculantes para toda a sociedade e que, a todo instante, agem apoiados por programas condicionais; por outro lado, o conceito de serviço público é irritado a partir dos constantes câmbios de ideologias e concepções de Estado.

O serviço público também possui uma função simbólica. Na verdade, trata-se de acoplamento operativo do conceito de serviço público com os símbolos do sistema. O serviço público e seu conceito se ligam tanto à idéia de igualdade quanto à idéia de validade jurídica. Os símbolos do Direito, a validade e a igualdade, são, a partir de uma visão luhmanniana, fórmulas que são, em si, vazias de instruções. Não há nada na validade e na igualdade que diga o que é válido e o que é igual (justo). Entretanto são operações fundamentais para o sistema jurídico, justamente porque unificam o sistema. Os símbolos, desse modo, unificam o sistema, dependendo da recursividade das operações, mas atribuindo a essas mesmas operações os valores. Ao mesmo tempo em que o próprio serviço público e seu conceito devem ser válidos, ou seja, devem ser aceitos como comunicação dentro do sistema, também devem satisfazer as exigências de consistência de igual tratamento, seja o conceito sendo aplicado de maneira consistente, seja o serviço público agindo de maneira tal que se perceba que todos são tratados de igual maneira.

Essa perspectiva pode ser acrescida de uma perspectiva normativa. A perspectiva normativa – construída a partir de Habermas – acrescenta tentativas de autodescrição críticas do Direito. Tanto a validade quanto a igualdade podem ser vistas como objetivos desejáveis porque baseados em alternativas à violência. São objetivos possíveis de serem, pelo menos, aproximados – alcançados nunca, vez que aí o potencial crítico iria se esvaír – consubstanciam-se em uma situação onde os cidadãos utilizam-se do meio do Direito para gerar integração. Para tanto, valem-se de procedimentos que abrem as portas para os direitos fundamentais. Esta auto-descrição do sistema jurídico tem que estar presente no conceito de

serviço público. O serviço público tem de ser entendido, se se o quer legítimo, não só como produto do Direito, mas também como produto de um Direito produzido democraticamente – novamente, isso em uma observação autodescritiva do Direito (mas que se pretende que reentre no Direito em forma de crítica do Direito).

Os programas se inserem na problemática do enlaçamento de dados ao código do sistema. No caso do Direito, é relevante, especialmente, a programação condicional, que é típica. Trata-se de um programa que opera a partir da lógica se/então. O Direito também serve aos programas finalísticos, cuja lógica é a da estipulação de fins, como, por exemplo, a alfabetização. O problema que se põe é como chegar a esses fins. Já os finalísticos são dependentes dos condicionais. Os programas finalísticos são constantemente corrigidos para o alcance dos fins – sempre incertos – a partir de programas condicionais.

Existem diversos tipos de ligações possíveis entre os programas e o conceito de serviço público. O próprio conceito pode ser observado como um programa condicional, apesar de não ser uma norma. Isso porque, na lógica que vem sendo utilizada nesse trabalho, se uma determinada comunicação possui todas as distinções que compõem o conceito de serviço público, então se está diante do serviço público. O programa faz com que se cruze a fronteira a partir dessa unidade da diferença. Por outro lado, o conceito de serviço público é uma informação necessária para o entendimento dos programas condicionais, assim como os finalísticos.

O problema da decisão no Direito culmina com o regime jurídico. Este é um complexo de normas, conceitos e princípios. É necessário formatar, contudo, uma visão mais complexa do regime jurídico. Isso foi feito a partir das contribuições de Luhmann, mais especificamente um desenvolvimento dos esquemas, o chamado *script*, que transforma complexidade estrutural em complexidade operativa através de diversos tipos diferentes de mecanismos. No caso do regime jurídico, é um mecanismo do tipo “se serviço público”, então, “regime jurídico x.” Embora muito parecido com os programas condicionais, os *scripts* configuram-se como relações entre estruturas. Congregam, sob uma determinada unidade diversas estruturas do Direito para a resolução de um

problema. Especificamente sobre o conceito de serviço público, pode-se dizer que ele é o *trigger* dos eventos que ocorrem logo a seguir, isso é, a atribuição de determinadas normas, conceitos e princípios como regime jurídico do serviço público.

É interessante que o *script* faz com que o campo de escolhas possíveis seja diminuído (assim como os programas). Com isso, é facilitado o trabalho do sistema. A técnica também opera no sentido da simplificação, ao se omitirem as razões que levaram a um ou outro regime jurídico. Essas razões, é claro, em ocasiões especiais, podem ser lembradas, mas, no geral, o regime jurídico aparece como uma decisão definitiva e pronta. Além disso, o *script* também serve de alívio à responsabilidade, visto que quem decide no Direito decide por causa do *script*, e eventuais consequências indesejadas são remetidas ao *script*, e não àquele que decide.

O serviço público, finalmente, parece estar ligado com um processo de deliberação. De fato, só pode ser público aquilo que advém de um processo de autocompreensão e atuação de uma comunidade sobre si mesma. Esta distinção está na raiz da constituição das diferenças que compõem o conceito de serviço público – muito embora essa mesma afirmativa aqui e agora seja contingente. A ligação do serviço público com os símbolos da igualdade e da validade também colocam exigências, tais como a vinculação aos direitos fundamentais e à busca de um igual tratamento para todos. Mesmo que contingentes, essas distinções estão fortemente presentes na memória do sistema.

Passa-se a trabalhar, agora, contrastando o que foi elaborado com o projeto original.

Percebeu-se que construir, de modo crítico e preciso um conceito de serviço público era desnecessário. A história do serviço público também foi considerada despendida para o desenvolvimento do trabalho, muito embora estejam presentes alguns dados para a ilustração. Foi abandonado, também, o exame casuístico de alguns institutos do ordenamento jurídico, tais como a permissão, concessão, concorrência e espécies de serviço público. Tais exames modificariam a linha epistemológica e sociológica do trabalho, em direção a uma

casuística sem ligação com as presentes pretensões teóricas. No projeto, estava previsto, também, o exame compreensivo de jurisprudência acerca do serviço público. Considerou-se não existirem razões para realizar tal empreendimento, uma vez que, novamente, vincularia o trabalho a uma casuística sem sentido. Tratou-se de questões gerais sobre serviço público, aplicáveis ao Direito desprendido de uma diferenciação regional/universal, muito embora os exemplos dessejam ligados com a legislação brasileira. A jurisprudência serviu para, meramente, ilustrar algumas práticas que acontecem dentro da compreensão sobre serviço público.

Em termos de posteriores engajamentos comunicativos, o trabalho indicou várias possibilidades de posteriores desenvolvimentos em projetos de pesquisa, tais como uma maior precisão no conceito de serviço público, um exame sistêmico do serviço público, e não do conceito de serviço público, bem como, finalmente, a aplicação do conceito de serviço público a formas específicas, tais como educação, saúde, comunicações, etc. Cada uma dessas áreas demandaria não só uma retomada e reconstrução das funções do conceito em específico, mas também uma observação sistêmica de cada área com que o serviço público se comunica.

Se não foi possível (ou não é possível à perspectiva sociológica) gerar distinções capazes de tornar mais preciso o conceito de serviço público (ou adequado ao ordenamento jurídico), pelo menos se atingiu o resultado de determinar, de maneira um pouco mais dura, as funções do conceito de serviço público. O conceito de serviço público distingue o serviço público de outras comunicações, o serviço público serve de oscilador do sistema, de mecanismo de seleção do sistema, de memória do sistema, de mecanismo de acoplamento estrutural e, finalmente, de *script*. Sem bem que todos os conceitos jurídicos tenham essas mesmas funções, só o conceito de serviço distingue o serviço público; faz as cognições oscilarem em torno de serviço como atividade e público como deliberação; seleciona as melhores distinções a partir de determinados critérios sobre serviço público; guarda as informações pertinentes sobre serviço público; indica os acoplamentos estruturais entre Direito e Política; bem como serve de *trigger* ao *script* dos regimes jurídicos do serviço público. Esta função

configura-se como uma missão extremamente importante para a operabilidade do sistema jurídico.

REFERÊNCIAS

ALBERT, Hans. **Tratado da Razão Crítica**. Tradução de Idalina Azevedo da Silva, Érika Gudde e Maria José P. Monteiro. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1976.

ALVARENGA, José Eduardo de. O serviço público. CARDOZO, José Eduardo Martins et al. (Orgs.) **Curso de Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, 2006.

AMIRANTE, Carlo. **Uniões Supranacionais e Reorganização Constitucional do Estado**. São Leopoldo: Unisinos, 2003.

APEL, Karl-Otto. **Transformação da Filosofia II: o a priori da comunidade de comunicação**. São Paulo: Loyola, 2000.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos Serviços Públicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

ARANGUREN, Juan-Cruz. **Derecho Administrativo y Globalización**. Madrid : Civitas, 2004.

ATIENZA, Manuel. **Las Razones del Derecho: teorías de la argumentación jurídica**. México, D.F.: Universidad Autónoma de México. 2005.

AVRITZER, Leonardo. **A moralidade da Democracia**. São Paulo: Perspectiva; Belo Horizonte: Editora da UFMG, 1996.

BERGEL, Jean-Louis. **Teoria Geral do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

BEST, Steven. **The Politics of Hissorical Vision: Marx, Foucault, Habermas**. New York, London: Guilford, 1995.

BÔAS FILHO, Orlando Villas. **O Direito na Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann**. São Paulo: Max Limonad, 2006.

BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). **Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006.

CAVALCANTI, Themisocles Brandão. **Tratado de Direito Administrativo**. V. II. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1960.

CEZNE, Andrea Nárriman. O Conceito de Serviço Público e As Transformações do Estado Contemporâneo. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília. v. N.167, 2005.

CLAM, Jean. **Questões fundamentais de uma teoria da sociedade: contingência, paradoxo, só –efetuação**. São Leopoldo: Unisinos, 2006.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Administração indireta brasileira**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

DURKHEIM, Émile. **Lições de Sociologia**. São Paulo, Martins Fontes: 2002.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

DUTRA, Delamar José Volpato. **Razão e Consenso em Habermas: a teoria discursiva da verdade, da Moral, do direito e da biotecnologia**. Florianópolis: UFSC, 2005.

ENTERRÍA, Eduardo García de. **La Lengua de los Derechos: la formación del Derecho Público europeo tras la Revolución Francesa**. Madrid: Alianza, 1995.

ENTERRÍA FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Derecho Administrativo**, I. 10ª ed. Madrid: Civitas, 2000.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. Reflexões sobre a prestação de serviços públicos por entidades do terceiro setor. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Atlas, 2004.v. 238.

FREITAG, Bárbara. **A Teoria Crítica Ontem e Hoje**. São Paulo: Brasiliense, 1988.

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Direito Administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

GALUPPO, Marcelo Campos. **Igualdade e Diferença**: Estado Democrático de Direito a partir do Pensamento de Habermas. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

GIANNINI, Massimo Severo. **Istituzioni di Diritto Amministrativo**. Milano: Giuffrè, 2000.

GORDILLO, Agustín. **Tratado de Derecho Administrativo**. Parte General. 5ª ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 1998. T.I. p.V-3.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

GRECO, Marco Aurélio. Aspectos da concessão de serviço público. **Revista de Direito Público**. São Paulo: Revista dos Tribunais. v. 21.

GUGLIELMI, Gilles; KOUBI, Geneviève. **Droit du Service Public**. 2ª ed. Paris: Montchrestien, 2007

GÜNTHER, Klaus. **Teoria da Argumentação no Direito e na Moral**: justificação e aplicação. São Paulo: Landy, 2004.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para uma interpretação pluralista e procedimental da Constituição. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Editora Sérgio Antônio Fabris, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **A Crise de Legitimação no Capitalismo Tardio**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1999.

HABERMAS, Jürgen. **A Era das Transições**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro,

2003.

HABERMAS, Jürgen. **A Ética da Discussão e a Questão da Verdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

HABERMAS, Jürgen. **A Inclusão do Outro**. São Paulo: Loyola, 2002.

HABERMAS, Jürgen. **Agir Comunicativo e Razão Destranscendentalizada**. São Paulo: Tempo Brasileiro, 2002.

HABERMAS, Jürgen. **Diagnóstico do Tempo: seis ensaios**. Tempo Brasileiro: Rio de Janeiro, 2005.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre faticidade e validade**. v.II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia II: entre faticidade e validade**. v.I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **Justification and Application: Remarks on Discourse Ethics**. Cambridge: Mit press, 2001.

HABERMAS, Jürgen. **La necesidad de Revisión de la Izquierda**. Madrid: Tecnos, 1996.

HABERMAS, Jürgen. **Para a Reconstrução do Materialismo Histórico**. São Paulo: Brasiliense, 1983.

HABERMAS, Jürgen. **Passado como Futuro**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1993.

HABERMAS, Jürgen. **Pensamento Pós-metafísico**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990

HABERMAS, Jürgen. **Técnica e Ciência como 'Ideologia'**. Lisboa: Edições 70, [s.d.]

HABERMAS, Jürgen. **Teoría de La Acción Comunicativa: Complementos y**

Estudios Previos. Madrid: Catedra, 1994.

HABERMAS, Jürgen. **Teoria de la Acción Comunicativa, I: racionalidad de la acción y racionalización social.** Madrid: Taurus, 1999.

HABERMAS, Jürgen. **Teoria de la Acción Comunicativa, II: crítica de la razón funcionalista.** Madrid: Taurus, 1999.

HABERMAS, Jürgen. **Teoria Y Praxis.** Madrid: Tecnos, 1987.

HABERMAS, Jürgen. **Verdade e Justificação: ensaios filosóficos.** São Paulo: Loyola, 2004.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo.** São Paulo: Saraiva, 2005.

JUSTEN FILHO, Marçal. Serviço Público no Direito Brasileiro. In: CARDOZO, José Eduardo Martins et al. **Curso de Direito Administrativo Econômico.** São Paulo: Malheiros, 2006.

KELSEN, Hans. **Esencia y Valor de La Democracia.** México: Nacional, 1980.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado.** São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KOSELLECK, Reinhart. **Futuro Pasado: para una semántica de los tiempos históricos.** Barcelona: Paidós, 1993.

KRELL, Andréas J. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um Direito constitucional “comparado”.** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002.

LACHAUME, Jean-François, et all. **Grands Services Publics.** 2ª ed. Paris: Armand Colin, 2000.

LEAL, Rogério Gesta. A Teoria do Conhecimento em Habermas: conceitos aproximativos. In: **Revista do Direito**, Santa Cruz do Sul, n. 17, p.17-31,

jan./jun.2002.

LEAL, Rogério Gesta. **Estado, Administração Pública e Sociedade: novos paradigmas.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

LEAL, Rogério Gesta. O controle social dos serviços públicos no Brasil como condição de sua possibilidade. In: LEAL, Rogério Gesta.; REIS, Jorge Renato. (Orgs.). **Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos.** Santa Cruz do Sul: Edunisc. t. 7.

LOPES JÚNIOR, Dalmir. Introdução. LOPES JÚNIOR, Dalmir; ARNAUD, André-Jean (Orgs.). **Niklas Luhmann: do Sistema Social à Sociologia Jurídica.** Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004.

LUHMANN Niklas. **Organización y Decisión. Autopoiesis, acción y entendimiento comunicativo.** Anthropos: México, 1997.

LUHMANN, Niklas. **A Restituição do Décimo Segundo Camelo: do Sentido de uma Análise Sociológica do Direito.** LOPES JÚNIOR, Dalmir; ARNAUD, André-Jean (Orgs.). **Niklas Luhmann: do Sistema Social à Sociologia Jurídica.** Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004.

LUHMANN, Niklas. **A Realidade dos Meios de Comunicação.** São Paulo: Paulos, 2005.

LUHMANN, Niklas. **A improbabilidade da Comunicação.** 3ª ed. Lisboa: Vega, 2001.

LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad.** México: Herder, 2007.

LUHMANN, Niklas. **A nova teoria dos sistemas.** Porto Alegre: UFRGS, 1997.

LUHMANN, Niklas. **A Realidade dos Meios de Comunicação.** São Paulo: Paulos, 2005.

LUHMANN, Niklas. **El Derecho de la sociedad.** Universidad Iberoamericana: México, 2002.

LUHMANN, Niklas. **Essays on Self-Reference**. New York: Columbia Press, 1990.

LUHMANN, Niklas. Iluminismo Sociológico. In: SANTOS, José Manuel (Org.). **O Pensamento de Niklas Luhmann**. Universidade Beira Interior: [s.l.], 2005.

LUHMANN, Niklas. **La ciencia de la sociedad**. Anthropos: México, 1996.

LUHMANN, Niklas. **Social Systems**. Stanford: Stanford University Press, 1995.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito II**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985.

LUHMANN, Niklas. **Teoria Política en el Estado de Bienestar**. Madrid: Alianza Universidad, 2002.

MARX, Karl. **Contribuição à Crítica da Economia Política**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

MARIENHOFF, Miguel S. **Tratado de Derecho Administrativo**. T.I. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, [s.d.].

MCCARTHY, Thomas. **La Teoría Crítica de Jürgen Habermas**. Madrid: Tecnos, 1998.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1966.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2000.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Privatização e serviços públicos. **Revista Trimestral de Direito Público**. São Paulo: Malheiros, 1998. n. 22.

MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. **Curso de direito administrativo**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

MOREIRA, Luiz. **Fundamentação do Direito em Habermas**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

NAFARRATE, Javier Torres. **Luhmann: la política como sistema**. México: UNAM, 2004.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. Reviravolta **Lingüístico-pragmática na Filosofia Contemporânea**. São Paulo: Loyola, 2001.

PASTOR, Juan Alfonso Santamaría. **Principios de Derecho Administrativo**. 3ª ed. Madrid: Ramón Areces, 2000.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2006. p.114.

PINTO, F. Cabral. **Leituras de Habermas: modernidade e emancipação**. Coimbra: Fora do Texto, 1992.

PIZZI, Jovino. **Ética do Discurso: a racionalidade ético-comunicativa**. Porto Alegre: Edipucrs, 1994.

Public utility. **The Columbia Electronic Encyclopedia**, Sixth Edition. Retrieved February 12, 2009, from Answers.com Web site:
<http://www.answers.com/topic/public-utility>. Acessado em 12 de Janeiro de 2009

PUIGPELAT, Oriol Mir. **Globalización, Estado y Derecho**. Las transformaciones recientes del Derecho administrativo. Madrid: Civitas, 2004.

ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. **Introdução à teoria do sistema autopoietico do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

ROCHA, Leonel Severo. Três matrizes da teoria jurídica. ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito: Mestrado e Doutorado 1998/99**. São Leopoldo:

Unisinos, 1999.

RODRIGUES, Itiberê de Oliveira Castellano. **Fundamentos Dogmático-Jurídicos dos Serviços Públicos na Constituição de 1988**. In: REIS, Jorge Renato dos; LEAL, Rogério Gesta. *Direitos Sociais e Políticas Públicas*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2007.

SCHMIDT, João Pedro. *Gestão de Políticas Públicas: elementos de um modelo pós-burocrático e pós-gerencialista*. In: REIS, Jorge Renato; Leal, Rogério Gesta. **Direitos Sociais e Políticas Públicas: desafios contemporâneos**. Santa Cruz: Edunisc, 2007. 7 t.

STEGMÜLLER, Wolfgang. **A Filosofia Contemporânea: introdução crítica**. São Paulo: EPU, 1977.

TÁCITO, Caio. "O retorno do pêndulo: serviço público e empresa privada. O exemplo brasileiro." **Revista de Direito Administrativo**. São Paulo: Renovar, 1995. out/dez, nº202.

THOMPSON, John B. **Critical Hermeneutics: a study in the thought of Paul Ricoeur and Jürgen Habermas**. Cambridge University Press: New York, 1990.

WARAT, Luis Alberto. **A Definição Jurídica: suas técnicas**. Porto Alegre: Atrium, 1977.

WARAT, Luiz Alberto. **Introdução Geral ao Direito II: A epistemologia jurídica da modernidade**. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1995.

WEBER, Max. **Economía y Sociedad**. México, D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1999.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações Filosóficas**. Petrópolis: Vozes, 2004. p.20.

WYMAN, Bruce. **Public Service Corporations: and all others engaged in public employment**. New Yourk: BeardBooks, 2001.

