



MÁRIO HENRIQUE GEBRAN SCHIRMER

ENTRE HERMES E SALOMÃO:
HETERORREFERÊNCIA E DECISÃO JURÍDICA
OS LIMITES DOS JULGAMENTOS POLÍTICO E ECONÔMICO NOS TRIBUNAIS CONSTITUCIONAIS

Dissertação em Ciências Jurídico-Políticas - Menção em Direito Constitucional

2016



UNIVERSIDADE DE COIMBRA



• C •

FDUC FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

MÁRIO HENRIQUE GEBRAN SCHIRMER

ENTRE HERMES E SALOMÃO: HETERORREFERÊNCIA E DECISÃO JURÍDICA –
OS LIMITES DOS JULGAMENTOS POLÍTICO E ECONÔMICO NOS TRIBUANIS
CONSTITUCIONAIS

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da
Universidade de Coimbra no âmbito do 2º Ciclo de
Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre), na
Área de especialização em Ciências Jurídico-
Políticas/Menção em Direito Constitucional.
Orientador: Professor Doutor Fernando Alves Correia

COIMBRA

2016

*Aos meus pais Mário Sérgio e Simone
e minhas irmãs Gabriela e Rafaela,
com todo amor, admiração e carinho.*

RESUMO

O presente trabalho procura fomentar discussões acadêmicas a respeito do papel das decisões dos Tribunais Constitucionais na sociedade moderna. Este debate suscita inúmeras provocações, dado que a modernidade parece, por vezes, alicerçada em fundamentos contraditórios, que colocam em risco a sua própria existência. Sob as perspectivas das decisões judiciais, esta problemática é exposta sobretudo na relação entre a autonomia do direito e sua necessidade de vinculação com a justiça. Eis o paradoxo: as instâncias formais de interpretação, em especial os magistrados, são vinculados à racionalidade jurídica, predeterminada em normas legais, sob o binômio codificador *lícito/ilícito*; por outro lado, as diretrizes do sistema jurídico são, em algumas hipóteses, injustas, ineficazes ou, ao menos, socialmente indesejáveis. A aporia é, então, saber qual dos mandamentos deve ser seguido. É determinar o que representa a justiça no sistema legal de uma sociedade moderna. Justiça é cumprir leis? Justiça é fazer o que é certo? Justiça é respeitar os limites de contingência do sistema legal? Justiça é adequação social das normas jurídicas? Todas estas perspectivas implicam em incontáveis questionamentos que, em última análise, radicam sob decisões das instâncias formais de interpretação. É diante desta angústia que este estudo se coloca. Em termos concretos, trata-se de problematizar as possibilidades e os limites de utilização de argumentos, razões e fundamentos políticos e econômicos em decisões das Cortes Constitucionais. Isto é, ponderar as ingerências e contingências dos sistemas legal, econômico, político e de justiça, buscando um paradigma que não ofenda as premissas de legalidade e adequação social, sob uma roupagem que aceite o paradoxo normativo do direito na ambição de equilíbrio entre os postulados internos do sistema legal e suas influências heterorreferenciais.

ÍNDICE

| | |
|---|----|
| I. INTRODUÇÃO – ENTRE HERMES E SALOMÃO | 07 |
| II. A JUSTEZA DAS NORMAS E AS NORMAS DA JUSTIÇA | 10 |
| II.I. Direito e justiça: uma relação problemática | 11 |
| II.II. A difícil relação entre o sistema legal e ideais de justiça material: o primado da heterorreferência jurídica | 17 |
| III. O DIREITO E A SOCIEDADE MODERNA: UMA DINÂMICA DE INTERPENETRAÇÕES | 26 |
| III.I. Direito e sociedade: uma relação sistema/ambiente..... | 26 |
| III.II. O direito enquanto subsistema autopoietico da sociedade moderna..... | 33 |
| III.III. A Constituição e a dinâmica da sociedade moderna: a proposta dos acoplamentos estruturais e da razão transversal | 39 |
| a) Os fundamentos do constitucionalismo e as clássicas definições de Constituição na modernidade: a busca de um novo paradigma..... | 40 |
| b) A Constituição como acoplamento estrutural entre direito e política..... | 46 |
| c) A Constituição como acoplamento estrutural e critério de razão transversal entre direito e economia..... | 52 |
| IV. DECISÃO JURÍDICA E HETERORREFERÊNCIA | 61 |
| IV.I. Heterorreferência política e decisão jurídica – os limites do julgamento político nos tribunais constitucionais..... | 62 |
| a) Ronald Dworkin e os princípios políticos..... | 62 |
| b) A busca de um paradigma: o paradoxo da justiça..... | 77 |
| c) Argumentos políticos nos tribunais constitucionais: uma breve análise concreta.... | 84 |
| IV.II. Heterorreferência econômica e decisão jurídica – os limites do julgamento econômico nos tribunais constitucionais..... | 89 |
| a) Richard Posner e a maximização de riqueza..... | 89 |

| | |
|---|------------|
| b) A busca de um paradigma: perspectivas normativas na sociedade moderna..... | 103 |
| c) Decisão constitucional, factibilidade normativa e corrupção sistêmica: uma breve análise concreta..... | 107 |
| V. CONCLUSÃO – A JUSTIÇA DE DIKÉ..... | 111 |
| | |
| BIBLIOGRAFIA..... | 115 |
| JURISPRUDÊNCIAS..... | 123 |

I. INTRODUÇÃO – ENTRE HERMES E SALOMÃO

À clássica mitologia helênica, Hermes representa o Deus da comunicação e da circulação.¹ Sem possuir qualquer habilidade sobrenatural, senão a desenvoltura no uso das palavras e a percepção de boas oportunidades, Hermes tem por dever informar aos humanos os desejos que partem do Olimpo, sendo o responsável por traduzir os signos superiores ao plano terreno. A função de porta-voz dos Deuses, confiada a Hermes por seu pai, Zeus,² é imprescindível à concretização dos objetivos divinos, uma vez que, segundo a narrativa mitológica, os homens não tinham contato com os Deuses, exceto quando estes se apresentassem sob forma humana. Neste contexto, o módico Hermes, personagem de pouco destaque nas lendas gregas, acaba por ser o mais importante e menos poderoso dos habitantes do Olimpo, pois, se, por um lado, não é dotado de poderes sobre-humanos, por outro, desempenha, com exclusividade, a função de representação divina perante os homens.³

À tradição judaico-cristã, Salomão foi o mais sábio homem que já existiu. Um déspota esclarecido. O protótipo de Catarina, a Grande, e Frederico II. Sua sabedoria, de origem divina, ultrapassava os limites humanos e não podia ser igualada por qualquer outro.⁴ Em sua mais célebre história, quando tendo de decidir sobre o futuro de um recém-nascido, diante de duas mulheres que afirmavam ser a mãe do bebê, Salomão ameaçou cortar a criança ao meio, na hipótese de inexistência de acordo. Segundo a narrativa eclesiástica, uma das postulantes abdica de seu filho, enquanto a outra mantém sua versão; razão pela qual Salomão conclui que a verdadeira mãe é aquela que desiste do embate, pois prefere ver seu filho vivo à guarda de outra a deixá-lo morrer.⁵

A descrição torna evidente a contraposição entre as práticas desses dois personagens metafóricos. Entre o deus grego, que se restringe à interpretação e comunicação, e o déspota, que não se prende a ordenações, agindo de acordo com sua extraordinária sabedoria, há um abismo, que se manifesta na problemática da vinculação do intérprete a um conjunto deontológico que lhe é imposto – e mais amplamente numa dialética entre um ideal de justiça material e o ordenamento jurídico. Hermes é refém de uma

¹ HALLAM, 2002, p. 159-161. BULFINCH, 2002, p. 14. KORACH, 2003, p. 48-49. OST, 2007, p. 115.

² POPPER, 1998, p. 80.

³ A figura de Hermes não é estranha ao direito. Mencionado por Dworkin, Ost e outros, o deus grego é apresentado no papel de intérprete das leis, não escapando de polêmicas quanto a sua adequação ao que se exige do jurista. Cf. DWORKIN, 1986, p. 317-331. OST, 2007, p. 104-105; 116-ss.

⁴ *Bíblia Sagrada*. R 1:3.

⁵ *Ibid.* R 1:3.

ordenação pré-determinada, é acorrentado por limites deontológicos prévios; Salomão é livre, apto a aplicar a justiça como entende correta. Ao ordenamento jurídico, Salomão representa um jurista ousado, aplicador da justiça soberana, liberto das normas que o ‘aprisionariam’; Hermes personifica aqueles que se restringem às normas jurídicas, as quais não consegue alterar o conteúdo, em uma atitude de autocontenção. Traçando um paralelo, poderíamos dizer que Salomão traduziria uma ideia similar ao *ditador filósofo*, de Platão; e Hermes representaria uma semelhança ao moderno burocrata de Weber, enquadrado em uma cadeia de funções (lei – interpretação – aplicação). Essas duas figuras metafóricas serão o ponto de partida deste estudo, que pretende explorar os limites de legitimidade da utilização de argumentos extrajurídicos das decisões judiciais.

Transcorridos mais de 300 anos do início dos movimentos de controle do poder estatal, pode-se argumentar que, em grande parte do mundo ocidental, alcançamos um nível de socialização – parcialmente – adequado às exigências de um Estado que respeita liberdades fundamentais. Entretanto, por vezes, permanecem, ainda hoje, alguns bloqueios à concretização do Estado Democrático de Direito. É que “o Estado Democrático de Direito, enquanto exigência funcional e pretensão normativa da modernidade, é condicionado por fatores os mais diversos”⁶. E, com o progressivo aumento de complexidade da sociedade, esta condicionalidade tem apresentado inúmeras dificuldades à reprodução de alguns sistemas sociais. Sintomática é a tendência hipertrófica de determinados sistemas e a conseqüente pretensão de sobreposição de seus critérios.⁷ Neste cenário, a corrupção sistêmica⁸ inviabiliza que estruturas fundamentais da sociedade se reproduzam conforme desejado, impedindo, total ou parcialmente, de acordo com as variações, a concretização do Estado Democrático de Direito.⁹ Esta projeção pode ter implicações destrutivas sobre o direito, uma vez que “os efeitos dessa miscelânea são a degradação da robustez do código constitucional e legal nas preferências particulares/pessoais de quem tem a competência de produzir as decisões”¹⁰. A vinculação do Estado à lei – a grande conquista da sociedade

⁶ NEVES, 2012, p. 215.

⁷ NEVES, 2012, p. 215-ss. NEVES, 2013a, p. 30. BAGGENSTOSS; CADEMARTORI, 2011, p. 324; 338-339.

⁸ Tratamos aqui de corrupção sistêmica, um conceito característico da teoria dos sistemas autopoieticos, em que determinado sistema tem sua capacidade de fechamento operacional afetada por critérios e elementos que são inerentes a outros sistemas – e não corrupção sistemática, fenômeno comum em países de modernidade periférica, em que a ocorrência de corrupção administrativa se alastra como uma epidemia.

⁹ NEVES, 2012, p. 226-258. NEVES, 2013b, p. 165-ss.

¹⁰ BAGGENSTOSS; CADEMARTORI, 2011, p. 324.

moderna – é, então, ameaçada pela sobreposição de critérios sistêmicos exteriores, revelando a impotência do sistema legal em gerenciar as influências heterorreferenciais que lhe são impostas. Sob a perspectiva interna, isso representa a ineficiência do direito de gerir sua autopoiese e afirmar sua operacionalidade diante de outros sistemas; da perspectiva externa, significa um déficit de normatividade jurídica, na medida em que não se concretiza uma resposta fundamentada no ordenamento jurídico em face ao mundo da vida.¹¹ É diante desta angústia que este estudo se coloca.

¹¹ NEVES, 2012, p. 228. BAGGENSTOSS; CADEMARTORI, 2011, p. 324.

II. A JUSTEZA DAS NORMAS E AS NORMAS DA JUSTIÇA

A vinculação entre direito e justiça tem sido um dos principais objetos de debates entre juristas, filósofos e teóricos políticos. Ao longo dos anos, várias foram as tentativas, frustradas, de encontrar um ideal relacional entre estes dois conjuntos deontológicos. Neste contexto, a complexidade da sociedade somada à dificuldade de equacionar precisamente valores abstratos apresentam marcantes dificuldades. Ao fundo, a questão parece estar centralizada na maneira de ordenar a pluralidade do mundo da vida nos limites da capacidade de racionalidade do sistema jurídico. Trata-se da pretensão de resolver o paradoxo da contraposição entre a autonomia do direito e sua identificação com ideais de correção. Uma relação que é fundamentalmente caracterizada pela, nem sempre harmoniosa, dialética entre a justeza de conteúdo das normas do ordenamento jurídico e as normas de ideais de justiça material.

Hoje não há dúvida de que direito e justiça são conceitos diferentes. Passados mais de 150 anos da derrota dos jusnaturalistas,¹² crentes de uma verdade atemporal absoluta,¹³ poucos são aqueles que, em com honestidade acadêmica, ainda argumentam a incondicional compatibilidade entre estes dois projetos deontológicos. Por outro lado, as experiências históricas demonstraram o perigo de afastar ideais de justiça material do direito. Aos juristas contemporâneos restou a problemática de encontrar uma vinculação que possa atender às demandas de ambos os polos, sem que a sobreposição de critérios implique em eliminar a reprodução de algum deles ou desconsiderar o desnível de complexidade existente. Ou seja, entre a trivial constatação de nossa problemática inicial e uma solução devemos reconhecer que o tema não se esgota em afirmar uma vinculação, mas reclama, também, a busca de uma hipótese de compatibilização entre a segurança estabilizadora do direito positivo e a pluralidade de ideias de justiça material imagináveis em uma sociedade democrática. Também, é importante percebermos que o verdadeiro desafio está na mediação de uma relação sistema/heterorreferência, que se expõe no contraste entre a justeza das normas do direito em face dos ideais de justiça. Sobra-nos a angústia que tem atormentado desde que a

¹² RADBRUCH, 2006, p. 13.

¹³ Ainda hoje importantes autores argumentam a existência de verdades morais em determinados contextos histórico-sociais. É o caso de Ronald Dworkin. (DWORKIN, 2005, p. 204-205). Porém, embora acredite em verdades morais, a posição de Dworkin não pode ser confundida com a dos antigos jusnaturalistas, pois ele não crê em uma verdade atemporal, reconhecendo que as características histórico-culturais da comunidade são decisivamente importantes a formulação do critério de verdade. De qualquer forma, não se pode desprezar a existência de elementos de jusnaturalismo racional em sua obra (NEVES, 2014, p. 54).

legalidade do direito alcançou a projeção de valor fundamental da modernidade: qual o mandamento sublime que devemos seguir, o direito ou a justiça? E, principalmente, como devemos relacionar estes dois projetos deontológicos, sem que a eventual sobreposição de um deles implique na supressão do outro?

Qualquer tentativa de resposta a estas perguntas pressupõe, em certa medida, a ambição de definir os objetos. Este problema está longe de ser uma novidade, mas não parece ter sido resolvido, dada a marcante dificuldade de consenso na conceituação de abstrações. É a essa problemática que voltamos nossos olhares. Entretanto, não procuramos um conceito de direito ou justiça. Almejamos, apenas, um paradigma relacional entre esses dois conjuntos deontológicos diversos.

II.I. DIREITO E JUSTIÇA: UMA RELAÇÃO PROBLEMÁTICA

Não sem determinada ironia, Hart inicia seu célebre ensaio sobre *O Conceito de Direito* afirmando que em nenhuma outra área do saber se discute tanto sobre a conceituação do próprio objeto quanto o fazem os juristas. O sarcasmo de Hart não é desmotivado e as bibliotecas comprovam seu argumento. No entanto, devemos admitir que a conceituação do direito é, de fato, a questão mais complexa e profunda a que são submetidos aqueles que dedicam seus olhares ao sistema legal, pois, em última análise, radica – em maior ou menor medida – em afirmar a relação do direito com uma das mais abstratas qualidades que conseguimos imaginar, a justiça.¹⁴ Daí que a questão, como dissemos, encontra obstáculos na formação de consensos quanto a elementos abstratos integrantes de ambos os conceitos.

Sob o primado da legalidade e na aspiração de esquivar-se da problemática valorativa ergueram-se as teses positivistas.¹⁵ Os positivistas enfatizavam a validade formal do direito e buscavam se afastar de equações axiológicas, ao argumento de que a legitimidade decorria de critérios formais, pouco importando o conteúdo da lei.¹⁶ Por esta razão, desde o início da modernidade até quase a segunda metade do século XX a palavra ‘direito’ esteve cada vez mais associada com a ‘lei’ escrita¹⁷ e afastada de preocupações quanto à correção material da norma. Neste contexto, na exata medida em que se imaginava

¹⁴ HART, 2011, p. 5.

¹⁵ HABERMAS, 2014, p. 13-17. KAUFMANN, 2014, p. 42-46.

¹⁶ KELSEN, 2012, p. 221: “Por isso, todo e qualquer conteúdo pode ser Direito”.

¹⁷ KAUFMANN, 2014, p. 209.

caminhar para uma uniformização formal do conceito de direito, os pressupostos deônticos de justiça material, esquecidos em face do formalismo das doutrinas, corrompiam internamente os alicerces em que a pretensão de conceituação se assentava. Não tardou até que as vicissitudes do positivismo jurídico, flagrantemente expostas durante o século XX, demonstrassem que o direito não pode se resumir à sua legitimação formal, reclamando, também, uma pretensão de correção material.¹⁸ Olvidar disto foi o grande equívoco dos positivistas. “Se houvesse certeza de que a tese positivista de separação entre direito e moral é correta, a análise acerca do conteúdo do direito poderia limitar-se inteiramente à questão da melhor interpretação dos elementos da eficácia e da legalidade”¹⁹. Mas em face as barbáries cometidas por regimes totalitários, que subvertiam a legitimação material do direito na manifestação de normas de conteúdo absolutamente injusto, contestaram-se esses postulados. A necessidade de inclusão de elementos de justiça material tornou-se, então, o Santo Graal jurídico e ocasionou uma verdadeira revolução copernicana na Teoria do Direito. Juristas, filósofos e teóricos políticos partiram numa cruzada em busca de conciliar as bases da segurança jurídica do direito positivo e os postulados de justiça material que conferem legitimidade ao ordenamento jurídico. Todavia, parece que nossos bravos guerreiros, que rumaram a esta batalha, ainda não alcançaram a terra prometida e, assim, continuamos sem uma resposta à problemática.

Como dissemos, podemos atribuir parte disso à dificuldade de racionalizar valores abstratos e relacionar com precisão direito e justiça. Outra parcela recai sobre a dificuldade de conceituar a justiça. Se a conceituação do direito é tarefa hercúlea, a definição da justiça é, ainda, mais árdua, em razão da carência de balizas positivas. Entre Platão, Aristóteles e Rawls, muitos foram aqueles que devotaram volumosos escritos ao tema sem que se chegasse a uma conclusão definitiva e universal. Somos, contudo, invariavelmente, atraídos a esta provocação. É impossível um profundo debate jurídico, social ou moral sem que se encontrem, ao fundo, questões de justiça. Por óbvio, estamos longe de travar uma discussão estéril. Por outro lado, devemos admitir que não somos capazes de apresentar uma definição consistente sobre a justiça, em sua dimensão geral e abstrata. A dificuldade é marcante, conforme evidencia Karl Popper. Em sua crítica a Platão, Popper expõe a falácia de uma das definições de justiça mais famosas que encontramos (‘justiça é dar a cada um o que é seu’),

¹⁸ ALEXY, 2009, p. 43-47.

¹⁹ ALEXY, 2009, p. 24.

porque, à medida em que falta conteúdo à assertiva, ela pode levar a inúmeras interpretações conflitantes.²⁰ Ao fim, parece ser aplicável à justiça aquilo que, há alguns séculos, Santo Agostinho escrevia em relação ao tempo.

Quando dele falamos, compreendemos o que dizemos. Compreendemos também o que nos dizem quando dele nos falam. O que é, por conseguinte, o tempo? Se ninguém me perguntar, eu sei; se quiser explicá-lo a quem me fizer a pergunta, já não sei.²¹ [...]

E, contudo, Senhor, percebemos os intervalos dos tempos, comparamo-los entre si e dizemos que uns são mais longos e outros mais breves. Medimos também quando este tempo é mais comprido do que outro e respondemos que um é duplo ou triplo, o que a relação entre eles é simples, ou que este é tão grande como aquele.²²

Neste contexto, a necessidade de reintrodução de elementos de justiça material na teoria jurídica foi, concomitantemente, uma solução e um novo problema. Uma solução porque resposta à problemática do Estado totalitário, possibilitando mecanismos em favor de liberdades e controle dos governantes. Um novo problema porque, não havendo critério para equacionar valores, não há, também, padrões compartilháveis para se exigir perfeita compatibilidade entre ideais de justiça e o sistema legal. Daí que se torna difícil afirmar a relação entre direito e justiça.

No pano de fundo de todo este debate estão, sobretudo, discussões quanto ao princípio da igualdade e a possibilidade de aceitação de injustiças no direito. O problema da igualdade é alicerce fundamental da ideia de justiça.²³ A questão é definir, na prática, quais são os iguais e como tratar as diferenças. Teste este que expõe grande dissenso sobre a ideia de igualdade.²⁴ Por sua vez, a aceitação de normas – não absolutamente – injustas é, exceto para moralistas fanáticos, inerente à democracia.²⁵ Se aceitamos que direito e justiça não são conceitos idênticos, devemos, por coerência, admitir a existência de reclamações de justiça que não encontram perfeita equivalência no ordenamento jurídico. Exemplo prático é pensar que nenhum cidadão minimamente consciente concorda com todas as normas de um determinado ordenamento jurídico; ou que em nenhuma sociedade minimamente plural e complexa – marcas fundamentais da modernidade – todos os cidadãos concordam com todas

²⁰ POPPER, 1998, p. 109-113. RADBRUCH, 1974. p. 90; 159-160; 165. DWORKIN, 2005, p. 402.

²¹ AGOSTINHO, 1988, p. 278 (Livro XI, 14).

²² Ibid. p. 281 (Livro XI, 16).

²³ RADBRUCH, 1974. p. 88; 93. KAUFMANN, 2014, p. 220-222; 225-241.

²⁴ WESTEN, 1882, p. 537-542; 544; 546-547. LYOTARD, 2013, p. 118.

²⁵ Trata-se, em última análise, de um relativismo moderado, que é inerente a democracia e a tolerância que ela pressupõe. RADBRUCH, 1974, p. 55-59. KAUFMANN, 2014, p. 249-253; 262. POPPER, 1988, p. 140-141.

normas do sistema legal.²⁶⁻²⁷ Deste modo, conquanto todos almejem um direito com pretensão de correção material²⁸, isto não necessariamente significa que ele será, também, considerado justo por todos, na medida em que as diversas concepções de justiça impedem a formação de um consenso absoluto quanto ao conteúdo de todas as normas do ordenamento jurídico.²⁹ Em verdade, a própria existência de um modelo de direito absolutamente justo se mostra infactível, uma vez que – conforme expõe a *Crítica à Razão Utópica*, de Franz Hinkelammert³⁰ – a plenitude do pensamento idealizado se distorce na medida em que

²⁶ NEVES, 2012, p. 147.

²⁷ John Rawls certamente planejou uma situação hipotética em que, eventualmente, todos concordariam com todas as normas. Entretanto, o método do pensador estadunidense não apenas utiliza de ficções irrealistas (véu de ignorância, posição original, cidadãos responsáveis e conscientes, etc...), como é também marcado por uma dissimulada dose de solipsismo. Na elaboração de sua teoria, Rawls não dialoga para estabelecer seus princípios fundamentais. Ao contrário, o que faz é, por intermédio de um método ficto e pretensamente universal, expor suas próprias opiniões como bases gerais da sociedade. Fundamentando-se em seus valores, opiniões, experiências culturais e histórias, Rawls, sem perceber, projeta para sua sociedade ideal as características materiais de sua sociedade atual. Não por outra razão o liberalismo é a principal marca da sociedade rawlsiana. Em seu favor, o autor de *Uma teoria da Justiça* elabora princípios que, de fato, são aceitos de bom grado pela maioria das pessoas. Entretanto, o pluralismo democrático e seu consequente – mínimo que seja – relativismo teórico são imperceptíveis na teoria de Rawls, que, sem ser contestado por um interlocutor, apenas projeta suas percepções em um método pretensamente universal. Ou seja, nem mesmo quando fruto de uma metódica pretensamente imparcial e universalizável conseguimos alcançar uma sociedade em que haja absoluta concordância quanto ao conteúdo de todas as leis. Por óbvio, que isto seria o ideal. Contudo, este distante postulado regulativo está longe de se comprovar na prática. (Cf. RAWLS, 2008. DUSSEL, 2012, p. 176-181. SANDEL, 2012a, p. 177-204). Também pautada na ideia de consenso, a teoria habermasiana parece mais factível e próxima da realidade, mas, ainda assim, insuficiente. O modelo da teoria do discurso de Habermas fundamenta-se em um hipotético consenso procedimental, entre os todos cidadãos possivelmente afetados, para a criação de uma norma jurídica. Assim, o professor de Frankfurt caracteriza o direito da sociedade moderna como a positivação de normas jurídicas fruto de um procedimento consensual de uma moral pós-tradicional (sexto estágio de Kohlberg e Piaget). Este modelo parece, em sua pretensão, estar muito próximo do ideal. Afinal, seria bom garantir canais institucionais de comunicação àqueles que querem participar ativamente da esfera pública. Seria, na medida do possível, uma tentativa de acabar com a exclusão social, ao menos na seara do direito. Entretanto, em uma crítica muito apertada – e por óbvio incompleta – poderíamos argumentar que a realidade impõe barreiras que dificilmente conseguem ser ultrapassadas pela teoria habermasiana, pois a pretensão de consenso sobrecarrega o mundo da vida e não leva em conta a pluralidade de ideais de justiça material que são inconciliáveis entre si. (Cf. NEVES, 2012, p. 117-121; 125-136; 144-149. HABERMAS, 2014, p. 30-31; 54; 60. HABERMAS, 2012b, p. 26-27; 45-48; 50-54, em especial p. 52). Em resumo, Lyotard parece certo quando afirma que “a finalidade do diálogo é o consenso. Mas mostramos, analisando a pragmática científica, que o consenso não é senão um estado das discussões e não o seu fim” (p. LYOTARD, 2013, p. 118).

²⁸ ALEXY, 2009, p. 43-47.

²⁹ NEVES, 2012, p. 125-136.

³⁰ HINKELAMMERT, 1988, Ao criticar realismo popperiano – em uma obra que, no dizer de Dussel, poderia também ser intitulada “A Miséria do Antiutopismo”, em evidente alusão a Popper, que por sua vez fazia referência a Marx (“A miséria da Filosofia”) – Hinkelammert enfrenta a questão da realização de programas teóricos aparentemente infactíveis, com a pretensão verdade prática e legitimidade procedimental em sua metódica. Se, por um lado, Hinkelammert não se converte ao utopismo descompromissado, reconhecendo que “as sociedades que se relacionam com suas respectivas plenitudes perfeitamente impossíveis, se distorcem a partir do fato de que consideram suas realizações fáticas como passos em direção àquela infinitude em relação à qual são concebidas” (p. 19); por outro, insiste que “é necessário pensar o impossível para poder pensar o possível” (p. 191). Dessa maneira, “logo, podemos ver que o conjunto de todos os mundos concebíveis em termos de coerência formal se divide em conjuntos de mundos possíveis e conjunto de mundos impossíveis

encontra na realidade uma complexidade impeditiva de sua concretização.³¹ Apesar disso, argumenta Hinkelammert, não devemos nos converter a um antiutopismo realista, mas imprescindivelmente devemos ter no horizonte a infactibilidade empírica de alcançarmos a plenitude idealizada da perfeita relação entre direito e justiça.³² Neste contexto, a questão não é a possibilidade de que algumas normas jurídicas possam ser tidas como injustas, face a determinados ideais de justiça material. Isto sempre ocorrerá. Aquilo que alguns consideram justo é injusto aos olhos de outros. Isto é parte da democracia e da liberdade de pensar em ideais de justiça divergentes. A problemática é, sim, saber a que limite o ordenamento jurídico pode tolerar normas injustas, relativismo nos conceitos de justiça e violações ao princípio da igualdade. Aqui, a relação não se resume à vinculação dialética entre direito e justiça, mas está em afirmar os limites com que cada um destes conjuntos deontológicos diversos consegue absorver e tolerar a discordância em face do outro. Em outras palavras: não basta exigir uma relação entre direito e justiça – isto é insuficiente, na medida em que há variados níveis de vinculação –, é preciso determinar a que limite as relações entre estes dois conjuntos deontológicos distintos permitem exigir correspondências e tolerar discordâncias.

Gustav Radbruch enfrentou com maestria a questão. Ao constatar as falhas do positivismo jurídico, que “rendeu os juristas e o povo sem defesa diante da arbitrariedade, crueldade e criminalidade das leis”³³ [tradução nossa], o professor de Heidelberg atacou os postulados fundamentais da doutrina positivista, mas não se rendeu à tentação de reivindicar um direito perfeitamente justo, alicerçado em fundamentos absolutos, como faziam os antigos jusnaturalistas. Radbruch havia bebido da fonte do positivismo, sendo ele mesmo adepto antes dos tempos do nacional-socialismo hitlerista.³⁴ Assim, ele soube dar os primeiros passos em busca de uma solução ao contraste entre as exigências impostas por normas de ideais de justiça material e a justeza das normas do ordenamento jurídico, sem

[...]. Desse modo, entre os dois conjuntos há uma fronteira que traça o limite do possível para a condição humana. Trata-se de um limite real, que, no entanto, não pode ser conhecido pela reflexão pura. [...] Por conseguinte, a impossibilidade é experimentável e, nesse processo, descobre-se sua relevância categorial para a formulação de leis gerais. Sem provar ou experimentar a impossibilidade, não se pode conhecê-la nem introduzi-la como categoria da ciência empírica” (p. 210-11). Daí que, neste contexto, “o impossível deixa, assim, de ser taxativo: não mais paralisa, mas sim agita.” (p. 214). Ao final, percebemos que “o possível é o resultado da submissão do impossível ao critério de factibilidade” (p. 17).

³¹ HINKELAMMERT, 1988, p. 19.

³² Ibid. p. 214-215; 222; 225; 255-256; 264-266; 298.

³³ RADBRUCH, 2006, p. 13.

³⁴ ALEXY, 2009, p. 55.

implicâncias destrutivas a segurança jurídica ou a correção material do direito. Este foi um dos grandes méritos que se iniciam através de Radbruch: pela primeira vez houve a tentativa de conciliação entre ideias de justiça material e positividade do direito, sem que a prevalência de um dos polos extermine as condições de reprodução do outro. Anteriormente, a discussão era polarizada entre a cegueira jurídica do positivismo, que admitia que “qualquer conteúdo pode ser lei”³⁵, e o fanatismo de justiça, o qual argumentava que “uma lei injusta, não é lei nenhuma”³⁶ [tradução nossa]. O professor de Heidelberg apresentou uma tentativa de conciliação entre extremos, reconhecendo que a força do direito sem a justiça representa a tirania e a justiça sem a força do direito é impotência.³⁷

Sob este paradigma teórico, Radbruch e Kaufmann argumentam os fundamentos do direito positivo materialmente legítimo na vinculação entre três pontos: (i) as ideias de justiça material, que encontram alicerce, em *última ratio*, no princípio da igualdade e suas diversas acepções; (ii) a adequação entre o direito positivo e a sociedade, que serve de ambiente ao direito; (iii) e a segurança jurídica, enquanto dimensão de normatividade e paz jurídica através do direito, como correspondência entre ser e dever-ser, que tem por sentido servir a justiça.³⁸⁻³⁹ Esta construção, entretanto, não possui uma forma rígida, na medida em que a dialética entre os três elementos (ideais de justiça, sociedade e ordenamento jurídico positivo) varia de acordo com o contexto social, histórico, cultural, político e econômico de cada sociedade, respeitando, apenas, que nenhuma das dimensões da equação pode ser

³⁵ KELSEN, 2012, p. 221.

³⁶ LUTHER KING JR., 1963, p. 82.

³⁷ CRUZ, 2014b, p. 81.

³⁸ RADBRUCH, 1974, p. 93, 164-168. KAUFMANN, 2014, p. 219-220; 227; 249-252. Em verdade, a teoria tripartite de Radbruch não expõe os três pontos exatamente conforme citamos. Ela utiliza-se de expressões análogas, como “fim do direito”, “ideia-fim”, fundamentos de liberdade, poder e cultura, mas, em última análise, traduz ideia equivalente a exposta, sob a pretensão de balancear direito, justiça e sociedade.

³⁹ Sob outro paradigma teórico, encontramos ideia similar em Luhmann. É certo que Luhmann não é um defensor da vinculação entre direito e justiça, como faz questão de deixar claro em *Law as a social system* (LUHMANN, 2009, p. 71; 212-213). Entretanto, ao descrever as relações entre os sistemas sociais, argumenta que “cada subsistema tem só três referências de sistemas: a sua relação com o sistema circundante global, a sua relação com os outros subsistemas, e a sua relação consigo próprio” [tradução nossa] (LUHMANN, 2002, p. 112). Afirmando que “dada a diferenciação funcional, cada subsistema (seja a política, a ciência, a economia, a família, a educação ou o direito) deve articular suas três referências de sistema da seguinte forma: a sua relação com a sociedade como função institucionalizada; a sua relação com os subsistemas vizinhos como performance, recebido input e produzido como output; e a sua relação consigo próprio como reflexão ou autorreflexão” [tradução nossa] (ibid, p. 113). Assim, dentro dos limites do pensamento luhmanniano, há uma semelhança com a ideia que ora defendemos, na medida em que em ambas as hipóteses aparece uma relação (i) sistema-sistema; (ii) sistema-ambiente (sociedade); (iii) sistema-autopoiese. De qualquer forma, conquanto haja certa similitude, os paradigmas teóricos são muito distantes, e, acreditamos que, conforme desejamos demonstrar adiante, alguns conceitos luhmanniano estão aquém das necessidades da relação entre direito e justiça. Cf. LUHMANN, 2009, p. 65; 71; 107; 212-215.

suprimida. Assim, todas as comunidades estão, parcialmente, habilitadas para desenvolver diversas ideias relacionais, podendo ora conceder primazia ao caráter formal e legalista do direito, ora à necessidade de correção moral que o ordenamento jurídico materialmente legítimo reclama. Diante deste cenário, Radbruch, com brilhantismo, argumenta que “se ninguém pode definir dogmaticamente o ‘justo’, é preciso que alguém defina dogmaticamente, pelo menos, o ‘jurídico’, estabelecendo o que deve observar-se como direito”⁴⁰, mas lembra que “só a moral é capaz de servir de fundamento à força obrigatória do direito”⁴¹, o qual obriga apenas em razão de sua dimensão positiva, sendo antes “uma realidade que tem o sentido de se achar ao serviço da justiça”⁴².

De acordo com Radbruch, esta dialética entre justiça, direito e sociedade, está, em última análise, submetida à clássica fórmula da injustiça, segundo a qual uma norma de direito perde seu caráter jurídico quando atinge um grau de injustiça insustentável.⁴³ Este paradigma é, também, indeterminado, na medida em que a conceituação sobre o que é absolutamente injusto também não é rígida, mas vinculada as concepções de cada sociedade, nas balizas de pluralidade, moralidade, razão e respeito à dignidade humana. Isso significa que não há, na teoria de Radbruch, premissas valorativas de tradições específicas, mas apenas a garantia de formação de uma arena de comunicação para o debate de ideias de justiça que, porventura, determinarão o que deve ser tido, naquela determinada comunidade, como absolutamente injusto.

II.II. A DIFÍCIL RELAÇÃO ENTRE O SISTEMA LEGAL E IDEIAS DE JUSTIÇA MATERIAL: O PRIMADO DA HETERORREFERÊNCIA JURÍDICA

Uma simples fábula, inicialmente elaborada por Bernd Rüthers, pode servir para ilustrar a dificuldade com que nos deparamos quando pretendemos utilizar das normas de um ideal de justiça material em um julgamento.⁴⁴

Era uma vez três irmãos: A, B, C. Não tendo aprendido qualquer ofício, o irmão caçula, C, pediu a A e B que lhe dessem algumas de suas cabras para que pudesse

⁴⁰ RADBRUCH, 1974, p. 178.

⁴¹ Ibid, p. 109.

⁴² Ibid, p. 91.

⁴³ ALEXY, 2009, p. 34; 48. RADBRUCH, 1974, p. 109. KAUFMANN, 2014, p. 285; 292; 305.

⁴⁴ GUEDES, 2014. A fábula, inicialmente, elaborada por Bernd Rüthers, foi levemente remodelada, para facilitar a compreensão. Embora não se trate de uma citação direta, deixamos o enxerto em separado para ajudar na leitura.

iniciar um rebanho. A deu-lhe 5 cabras de seu rebanho de 30; enquanto B doou-lhe uma de suas três cabras. Passados alguns anos o rebanho de C cresceu espantosamente, mas infelizmente o irmão do caçula faleceu, deixando 132 cabras. À época da morte de C, A possuía 50 cabras e B, 10. Não tendo deixado testamento e não havendo qualquer lei que disciplinasse a matéria, os únicos parentes de C, A e B, tiveram que decidir como dividir as cabras que o irmão caçula os deixara.

O problema é que na ausência de lei que discipline a matéria – estando o caso aberto somente a interpretações de justiça – há pelos menos 7 decisões que igualmente podem reclamar representar a justiça. Uma solução:

(i) seria dividir o rebanho ao meio, uma vez que tanto A como B são igualmente irmãos de C.

(ii) A poderia argumentar que antes de se proceder a divisão igualitária deveria ser devolvida a quantia que cada um deles doou a C quando o irmão precisou de ajuda, assim A teria direito a 68 cabras (5 + 63) e B herdaria 64 cabras (1 + 63).

(iii) B, entretanto, poderia objetar a proposta de A, ao argumento de que deveria ser levado em consideração não a quantidade absoluta que cada um deles doou ao irmão, mas a taxa de sacrifício que cada um fez em prol de C. Assim, B que doou 1/3 de seu rebanho, teve uma taxa de sacrifício muito superior à de A, que contribuiu com apenas 1/6 de suas cabras. Desse modo, B faria jus ao dobro da cota de cabras de A, numa relação em que B teria direito a 2/3 das cabras de C (ou seja, 88 cabras), e A ficaria com 1/3 (isto é, 44 cabras).

(iv) A poderia argumentar que a taxa de sacrifício deveria ser mensurada diante do momento atual e não diante do início do rebanho de C. Assim, B faria jus a 1/3 das atuais cabras de C; e A teria direito a 1/6 das cabras; sendo o restante repartido em duas cotas iguais. Seguindo esta proposta, A ficaria com 55 cabras (22 + 33) e B com 77 cabeças (44 + 33).

(v) contrariando o critério da taxa de sacrifício, proposta por B, A poderia ainda propugnar pela divisão com base no capital de saída, na medida em que haveria uma relação de 1 para 5 na divisão em favor de A. Nesta medida A ficaria com 110 cabras e B com 22.

(vi) na tentativa de apaziguar as disputas, os irmãos poderiam pensar em fundir os critérios, dividindo metade do rebanho sob o critério do capital de saída e a outra metade utilizando a taxa de sacrifício. Esta possibilidade pode ainda se subdividir, em razão de que a taxa de sacrifício pode ser interpretada de duas maneiras, conforme argumentou A.

(vii) por fim, um intermediário, na função de mediador, poderia apresentar o critério da produção, para dividir as cabras conforme o quanto cada um dos irmãos conseguiria produzir caso não tivesse doado as cabras a C. Tendo atualmente 50 cabras, A conseguiu multiplicar por 2 as 25 cabras (30 – 5) que lhe sobraram após contribuir com C; com um rebanho de 10 cabras, B conseguiu aumentar em 5 vezes as 2 cabras (3 – 1) que possuía após a doação que fez a C. Assim, subtraídas, com base na taxa de produção, as 10 cabras que A teria a mais caso não tivesse doado 5 cabras a C e as 5 cabras de B teria na hipótese de não ter ofertado 1 cabra a seu irmão caçula, a divisão das 117 seria feita em 50% para cada um, sendo sacrificada uma cabra para um almoço de confraternização entre as partes.⁴⁵

A fábula apresenta de maneira ilustrativa a dificuldade de definir a justiça quando não dispomos de um critério estabilizador. É que a justiça, como todo contexto, demanda interpretação; mas interpretações há várias.⁴⁶ Aquilo que alguns consideram justo é injusto

⁴⁵ Idem.

⁴⁶ CRUZ, 2014b, p. 81. Também LUHMANN, 1992, p. 42.

aos olhos de outros.⁴⁷ Os fatos não necessariamente se alteram, são os contextos que alteram as interpretações.⁴⁸ E os contextos da justiça, não estão vinculados a nada senão as observações e perspectivas do intérprete.

Seguindo este pensamento, cedo ou tarde, acabaremos por perceber que, em razão da pluralidade de elementos desconexos e da inexistência de regras específicas quanto à sua formação, os ideais de justiça tornam-se extremamente abstratos à construção de uma metódica de decisão jurisdicional, porque aquilo que se considera justo pode ser interpretado de diversas maneiras, sem que se encontre um fundamento consensual aos critérios.⁴⁹ Isto ocorre porque os ideais de justiça não são suficientemente instrumentalizados para possibilitar uma permanente estabilização de expectativas normativas, dado que, em face à carência de balizas positivas, o modelo decisório pode ser manipulado ao arbítrio do julgador. Além disso, não podemos perder de vista a diferença de complexidade entre justiça e direito, razão pela qual o simples recurso ao sistema legal não é capaz de resolver a equação. É preciso lembrar que os ideais de justiça são demasiadamente complexos para que sejam absorvidos em sua integralidade pelo direito e, por esta razão, seus postulados carecem de critérios de estabilização, mesmo quando integrantes ao sistema jurídico. Neste contexto, o desafio do jurista é encontrar uma maneira de conciliar a pluralidade de ideais de justiça à tentativa de segurança legal.⁵⁰ Ou seja, promover a compatibilização entre postulados de justiça material, que são formados com base em uma complexa pluralidade de valores, sentimentos, emoções, e experiências individuais do indivíduo que o formula, e o direito, que, em sua pretensão de ser aplicável a todos na sociedade, invariavelmente possuirá pontos em discordância com os vários ideais de justiça material postuláveis.

Neste contexto, se fundamenta um desnível de complexidade – e, por consequência, um paradoxo – na relação entre direito e justiça. A justiça é muito mais complexa, em razão da inexistência de critérios positivos à sua determinação. À primeira vista, isso representa uma angústia, porque, em regra, argumentamos que o direito é, em si, um fenômeno

⁴⁷ NEVES, 2014, p. 60.

⁴⁸ LUHMANN, 2009, p. 105. RASCH, 2000, p. 33.

⁴⁹ RADBRUCH, 1974, p.90.

⁵⁰ Avançando um pouco mais e já explorando a teoria dos sistemas, eis o problema: como adequar uma complexidade desorganizada (ideais de justiça material conflitantes) e uma complexidade organizada (ordenamento jurídico) sem suprimir as características fundamentais dos elementos de desorganização daquele primeiro conjunto?

complexo.⁵¹ Contudo, diante da comparação com ideais de justiça, o direito é muito mais organizado, instrumentalizado e menos complexo, dado que a racionalidade dos procedimentos jurídicos é balizada em postulados positivos previamente descritos, o que não ocorre em relação a formação e reprodução dos ideais de justiça, que operam sem fixas bases positivas. E é exatamente a carência de uma racionalidade completa, que disponha de regras precisas à formação de seus postulados, que diferencia firmemente os procedimentos de constituição das normas jurídicas e das normas de ideias de justiça. Neste sentido, ao trabalhar a relação entre direito e moral – ponto fundamental à formação de um ideal de justiça –, Jürgen Habermas, ele mesmo um *'moralista'*, reconhece que:

Certamente, os limites entre direito e moral não podem, de futuro, ser confundidos. Os processos que as teorias da justiça oferecem, para explicar como é possível julgar algo sob um ponto de vista moral têm, unicamente em comum, com os processos juridicamente institucionalizados, o facto de que a racionalidade dos processos tem, necessariamente, que garantir a 'validez' dos resultados, obtidos processualmente. No entanto, os processos jurídicos aproximam-se das exigências de uma racionalidade processual completa, uma vez que estas mesmas se encontram associadas a critérios institucionais, [...]. O procedimento de discursos morais e não regulados juridicamente, não preenchem esta condição. Aqui, a racionalidade do procedimento encontra-se incompleta. [...]. Por outro lado, são precisamente as fraquezas de uma racionalidade processual, de tal modo imperfeita, que torna compreensível, sob pontos de vista funcionais, a razão pela qual, determinadas matérias necessitam de uma regulamentação jurídica e não podem ser abandonadas as regras morais do caráter pós-tradicional.⁵²

Portanto, podemos dizer que, de um lado, a justiça precisa do direito, pois do contrário ela carece de mecanismos a sua aplicação prática, e, de outro, o direito pressupõe a justiça para se diferenciar da simples tirania de poder. Daí a primeira relação heterorreferencial do direito. Trata-se, sobretudo, da constituição de um elo consubstancial entre uma 'desorganização'⁵³ dos ideais de justiça conflitantes e a complexidade organizada do ordenamento jurídico positivo.⁵⁴ Dessa maneira, quando pensamos na relação entre direito e justiça, devemos ter em mente uma relação sistema/heterorreferência (ordenamento jurídico – ideais de justiça), que se explicita nas válidas normas de dois ordenamentos deontológicos de âmbitos diversos e aplicação pretensamente comum.⁵⁵ É nesta relação, que jamais pode ser ignorada, mas também não pode expandir-se para além do desnível de

⁵¹ KAUFMANN, 2014, p. 225-227. RADBRUCH, 1974, p. 88-91.

⁵² HABERMAS, 2014, p. 53-55.

⁵³ Em verdade, seria incorreto falar em 'desorganização' no contexto de ideais de justiça. Embora seja um conjunto com elevado grau de abstração, é possível visualizar um nível de complexidade 'menos organizada' em sua essência. Apenas optamos por falar em 'desorganização' para facilitar a compreensão.

⁵⁴ MORIN, 1991, p. 38.

⁵⁵ NEVES, 2012, p. 116-117.

complexidade que diferencia o sistema legal⁵⁶ e os ideais de justiça material, que se mantêm a indispensável dialética de heterorreferência entre a justiça e o direito. Neste cenário, qualquer ideal de justiça material – encontrando correspondência no sistema jurídico ou não – jamais pode ser olvidado pelo direito, em sua dimensão de heterorreferência/autorreferência; mas também não deve deixar de ser mediatizado pelos próprios mecanismos institucionais do ordenamento jurídico (normas jurídicas, tribunais, processo legislativo, etc). Ou seja, todo ideal de justiça realiza pressão sobre o direito, na medida em que, se absorvido pelo sistema jurídico, é integrante da autopoiese, e, se não integrante do sistema, realiza pressão heterorreferencial, nos limites de variação, seleção, reprodução e estabilização do sistema. Neste contexto, os procedimentos que determinam sistema jurídico e ideias de justiça material se condicionam e se controlam mutuamente, na medida em que o desnível de complexidade é superado pela possibilidade de que ideias de justiça exerçam pressão sobre o ordenamento jurídico, enquanto o direito passa regular a formação de ideias de justiça válidas, através de suas normas e instituições.⁵⁷

Surge, então, o problema de saber quais ideias de justiça o ordenamento jurídico absorverá e quais serão relegados, apenas, à dimensão heterorreferencial. Aqui, ascende a questão do consenso. Muitos pensadores da democracia apoiam suas teorias na ideia de que a lei e o Estado são legitimados quando os membros da comunidade concordam – ou, ao menos, têm efetiva possibilidade de concordância⁵⁸ – com as regras que são estabelecidas. O problema é que o consenso é um horizonte dificilmente atingido.⁵⁹ Daí que, embora tratem-se de tentativas louváveis, enquanto passos em direção a um pretense – ou até provável – ideal regulativo⁶⁰, nas condições da sociedade atual, a complexidade mundana sobrecarrega o ambiente comunicacional impedindo a formação de consensos intersubjetivos, estáveis e duradouros.⁶¹ Portanto, as possibilidades de consensos fortes e efetivos são restritas a questões de pequena complexidade. Neste cenário, a pluralidade das relações sociais e a elevada variação ambiental – derivada das inúmeras possibilidades de escolhas e expectativas diversas – impõem excessiva complexidade à insuficiente instrumentalização dos consensos, em áreas de importância essencial ao desenvolvimento

⁵⁶ LUHMANN, 1983, p. 45; 50-53.

⁵⁷ LUHMANN, 1983, p. 104-105; 115; 141. HABERMAS, 2014, p. 58-59.

⁵⁸ HABERMAS, 2012b, p. 52.

⁵⁹ LYOTARD, 2013, p. 112.

⁶⁰ HABERMAS, 2012b, p. 54.

⁶¹ NEVES, 2012, p. 125.

social. Aqui, não se exclui, portanto, a possibilidade de orientações consensuais em alguns aspectos da vida, mas se percebe que sua ocorrência é, sem dúvida, eventual e precária para servir de fundamento máximo à legitimidade do ordenamento jurídico.⁶²

Nesse sentido, cabe falar de convencionalismo social e valores culturais como generalização de expectativas e preferências no mundo da vida. [...] Entretanto, é inegável que a hipercomplexidade da sociedade moderna, com uma diversidade incontrolável e contraditória de valores e interesses, torna praticamente impossível uma reconstrução racional do mundo da vida a partir da ação comunicativa em sentido estrito (orientada para o entendimento intersubjetivo).⁶³

Por outro lado, tem-se presente a possibilidade da formação de consensos procedimentais.⁶⁴ Eles são menos complexos do que consensos materiais, em razão da menor amplitude de equações axiológicas. E, por esse motivo, se tornam possíveis, mesmo em um ambiente fundamentalmente caracterizado pelo dissenso. A possibilidade é, contudo, restrita às bases procedimentais, na medida em que a perspectiva de consenso se abre apenas sobre temas de menor complexidade abstrata, como é o procedimento de determinação das normas legais, mas não à formação de ideais de justiça. Em termos práticos, queremos dizer que é possível imaginar a concordância sobre temas como as regras de produção legislativa, o *quórum* de aprovação de uma Emenda Constitucional ou a ordem de votação em projetos de lei. Porém, são inimagináveis, nas atuais circunstâncias, consensos quanto ao conteúdo de normas jurídicas, por exemplo, os fundamentos do direito penal, a importância e os limites do princípio da igualdade ou da liberdade. É que, conforme argumentamos no tópico anterior, os ideais de justiça não apenas são mais abstratos do que formulações jurídicas, em razão da carência de balizas positivas à sua fundamentação, mas, especialmente, por conta da inexistência de mecanismos de institucionalização que reduzam as possibilidades de argumentação. Isso quer dizer que podem surgir inúmeras formas de se pensar a uma abstração de justiça e, embora ainda existam muitas maneiras distintas de interpretar uma regra legal, as possibilidades são muito inferiores. Daí que, em uma sociedade democrática, plural, livre e complexa, a formação de consensos materiais se mostra, senão impossível, ao menos excessivamente árdua em termos práticos e fáticos. Dessa maneira, a tentativa de constituição de normas jurídicas através de consensos materiais é louvável, mas, em última análise, trata-se apenas de um ideal regulativo⁶⁵, que jamais será plenamente alcançado nas

⁶² Ibid., p. 127

⁶³ Idem.

⁶⁴ Ibid., p. 127-128. Em outra perspectiva, encontramos ideia similar em Habermas, quando do argumento sobre a formação de consensos procedimentais. HABERMAS, 2012b, p. 54.

⁶⁵ HABERMAS, 2012b, p. 54.

condições atuais, porque implica em uma sobrecarga do ambiente comunicacional do mundo da vida.⁶⁶

Diante do exposto, pode-se concluir que o Estado Democrático de Direito, pressupondo reciprocamente uma esfera pública pluralista, legitima-se enquanto é capaz de, no âmbito político-jurídico da sociedade supercomplexa da contemporaneidade, intermediar consenso procedimental e dissenso conteudístico e, dessa maneira, viabilizar e promover o respeito recíproco às diferenças, assim como a autonomia das diversas esferas de comunicação.⁶⁷

Nesse contexto, a sociedade se apresenta “como espaço de reprodução do dissenso”⁶⁸ material contraposto pelo consenso procedimental, que ambiciona organizar a maneira como as diferentes irritações do ambiente serão percebidas e absorvidas pelo sistema legal.⁶⁹ Isso significa que o sistema legal reage às pressões da sociedade estabelecendo “a institucionalização de procedimentos jurídicos que assegurem um cumprimento aproximativo das pressuposições comunicacionais”⁷⁰ para a conversão de expectativas cognitivas em expectativas normativas,⁷¹ e, dessa maneira, o consenso procedimental é possibilitado na medida em que a redução de complexidade social é viabilizada pelo ordenamento jurídico, que possibilita a formação de acordos através das balizas positivas (normas legais). Ou seja, o direito busca estruturar um procedimento político consensual, na medida em que a política procura definir as diretrizes materiais do direito. Isso se traduz no fato de que o direito disponibiliza, aos ideais de justiça, mecanismos jurídicos de estruturação, possibilitando que expectativas restritas ao plano cognitivo adentram ao plano normativo. Por outro lado, os ideais de justiça, uma vez integrantes do contexto normativo, passam a determinar o conteúdo dos programas jurídicos, condicionando o próprio direito. Neste paradigma, o ordenamento jurídico representa a tentativa de reduzir o dissenso de conteúdos de justiça, através da institucionalização de procedimentos que apresentam maior capacidade consensual, não implicando, necessariamente, na formação de consensos materiais, mas possibilitando a convergência comunicacional de distintos critérios de justiça, por intermédio da formação de um procedimento consensual que reduz a complexidade ambiental. Ou seja, o ordenamento

⁶⁶ LYOTARD, 2013, p. 77-80; 112; 118. NEVES, 2012, p. 125.

⁶⁷ NEVES, 2012, p. 156.

⁶⁸ Ibid, p. 128.

⁶⁹ Ibid, p. 151-152; 155-156.

⁷⁰ HABERMAS, 2012b, p. 54.

⁷¹ LUHMANN, 1983, p. 53-63.

jurídico apresenta-se na dicotomia: dissenso material envolto por consenso procedimental,⁷² sob operações juridicamente orientadas para a reprodução de ideias de justiça politicamente selecionados.

Neste contexto, se fundamenta um duplo controle sobre a heterorreferência. Em primeiro lugar, ainda no plano da complexidade desorganizada, os ideais de justiça material são controlados por suas próprias acepções, igualmente constituídas em meio à pluralidade de valores, emoções, opiniões, sentimentos, experiências históricas e culturais da comunidade e, até mesmo, experiências individuais de cada um dos postulantes. Nesta fase, ideais de justiça ‘batalham’ entre si, em um processo ainda não plenamente institucionalizado – senão com relação ao consenso procedimental, em caso de debates legislativos. Neste momento, cada um dos ideais de justiça pretende converter o dissenso em seu favor. Em termos práticos, isso se manifesta na atividade legiferante, quando cada um dos partidos políticos, imbuídos de seus respectivos ideais de justiça, pretende levar ao sistema legal aquilo que acredita correto e adequado à sociedade. Em um segundo momento, agora sob a perspectiva da complexidade organizada do sistema legal, os ideais de justiça material são selecionados e avaliados com base em critérios jurídicos. Nesta etapa, os “valores só podem ser institucionalizados se existem programas [jurídicos] que intermediam a realização dos valores e assegurem que, em outros momentos, os demais valores eventualmente postergados tenham sua vez”⁷³. Em outras palavras: as normas de ideias de justiça são mediatizadas por normas jurídicas, sendo aceitas se, formal e materialmente, compatíveis com a estrutura de complexidade organizada do ordenamento jurídico. Esta fase se divide, por sua vez, em um *novo* duplo controle, agora sob a perspectiva autorreferencial.⁷⁴ O primeiro, mais singelo, porém mais rígido, refere-se ao plano formal, em respeito ao procedimento de absorção do ideal de justiça. O segundo, mais complexo, contudo, menos rigoroso, relaciona-se às características materiais das normas do ideal de justiça que serão absorvidas. Oportunidade em que se analisa a compatibilidade entre o conteúdo do programa deontológico que pretende ingressar ao ordenamento jurídico e as normas jurídicas que conferem as características fundamentais do sistema – em regra, normas constitucionais, pois a Constituição desempenha função de limite à abertura

⁷² NEVES, 2012, p. 127-128; 131; 151-152; 155-156.

⁷³ LUHMANN, 1983, p. 104-105.

⁷⁴ LUHMANN, 1998, p. 29.

cognitiva do direito, representando um ‘sub-código’ hierárquico dentro da estrutura jurídica. Em outras palavras: no primeiro momento, se avalia os procedimentos formais ao ingresso de um novo mandamento deontológico (norma de um ideal de justiça) no sistema. No segundo momento, é procedida uma crítica quando ao conteúdo material da norma postulante ao sistema, em respeito à impossibilidade de normas absolutamente injustas⁷⁵.

Traduzindo todo este contexto em linguagem da teoria dos sistemas, podemos falar em três momentos de controle sistêmico: a seleção, fase de controle externo, primordialmente político e moral, na qual ideais de justiça são *escolhidos* para adentrar ao sistema; a *estabilização formal*, fase interna na qual se analisa a compatibilidade entre o procedimento de positivação do ideal de justiça, agora, convertido em norma jurídica (ex: verificação do *quórum* da votação); e a *estabilização material*, momento em que se pondera a compatibilidade de conteúdo entre o ideal de justiça, sua legitimidade e a Constituição. Esse último critério, em perspectiva heterorreferencial, deve ser lido à luz do relativismo inerente ao Estado Democrático de Direito, de maneira que nem toda norma *injusta* deve ser retirada, senão quando inconstitucional. O que é verdadeiramente importante é que toda heterorreferência, até mesmo aquela referente à justiça, a mais importante dimensão externa do direito, deve ser mediatizada pelas normas do sistema legal. Numa palavra, heterorreferência pressupõe mediação autorreferencial.

⁷⁵ O absolutamente injusto não deve ser tido, aqui, como um critério atemporal e universal, mas vinculado ao contexto. Em termos gerais, o dito ‘absoluto’ acaba por ser ‘relativo’, sendo absoluto apenas em relação àquela sociedade e aquele contexto. Em outras palavras, isso significa que não há premissas valorativas específicas, mas liberdade para que cada sociedade formule o seu conceito de ‘absolutamente’ injusto, em relação ao seu determinado contexto histórico e cultural.

III. O DIREITO E A SOCIEDADE MODERNA: UMA DINÂMICA DE INTERPENETRAÇÕES

Sob a roupagem do desnível de complexidade entre normas jurídicas e teorias de justiça, o capítulo anterior procurava introduzir a discussão sobre as possibilidades de heterorreferência do sistema legal, apresentando alguns conceitos da teoria dos sistemas autopoiéticos. É hora de ampliar os horizontes, incluindo na equação outros sistemas sociais. Porém, antes de iniciarmos novas ideias, desejamos explicitar um detalhe que estava implícito no capítulo anterior, podendo ter passado despercebido. É preciso compreender que toda relação de heterorreferência pressupõe questionamentos de autonomia, dado que a influência externa não é nada senão abertura ao ambiente e negação da ideia de completude sistêmica.⁷⁶ Esta observação é essencial ao entendimento deste capítulo, que busca problematizar a dinâmica heterorreferencial do direito em relação à sociedade.

Trazendo à teoria jurídica, essas perspectivas implicam em questionar a compatibilidade entre os pressupostos normativos do direito e as ingerências impostas pela sociedade, em especial sob a dinâmica dos sistemas político e econômico. Neste contexto, acreditamos que os postulados iniciados por Niklas Luhmann podem contribuir ao aprofundamento da temática, sobretudo em razão da compatibilidade de sua teoria e a complexidade que caracteriza a sociedade moderna.

III.I. DIREITO E SOCIEDADE: UMA RELAÇÃO SISTEMA/AMBIENTE

Entender a obra luhmanianna pressupõe inúmeros desafios. Possivelmente, o principal deles é compreender a distinção sistema e ambiente. Apesar da pluralidade conceitual e de fortes premissas epistemológicas⁷⁷, a separação ambiente e sistema ocupa espaço central no pensamento do professor de Bielefeld, pois esse é o alicerce de toda sua

⁷⁶ MORIN, 1991, p. 82-84; 92. LYOTARD, 2013, p. 78. GOLDSTEIN, 2009, p. 175-211. Em especial: p. 178-199.

⁷⁷ A pluralidade conceitual é, certamente, uma das maiores dificuldades de compreender a obra de Luhmann. No entanto, se regredirmos ao limite, todos os conceitos luhmannianos parecem pautados em dois pressupostos epistemológicos fundamentais: o construtivismo radical, segundo o qual a realidade depende do observador, não havendo rígida separação entre sujeito e objeto; e a aceitação do paradoxo, a qual admite a formação de conclusões ilógicas e, aparentemente, contraditórias. Cf. CRUZ, 2014a, p. 53-57; 59; 114-121. RASCH, 2000, p. 33-34; 94. VILLAS BÔAS FILHO; GONÇALVES, 2013, p. 35-43; 46-47. GOLDSTEIN, 2009, p. 52; 97-103. LUHMANN, 2009, p. 105. LUHMANN, 1998, p. 28-29; 66; 74; 100. LUHMANN, 1988, p. 153-154; 161. LUHMANN, 2005, p. 74-75. KING; THORNHILL, 2003, p. 203-204. LEAL, Edilene M. de Carvalho, 2009, p. 181-185; 187-190.

construção teórica.⁷⁸ Segundo Luhmann, o sistema existe apenas em referência ao ambiente. Seu limite e sua própria existência são vistos em contraste ao que lhe distingue.

[...] as estruturas e processos de um sistema só são possíveis em relação a um ambiente, e só podem ser entendidas se estudadas nesta relação. Assim é, pois só por referência a um ambiente é possível distinguir (num sistema dado) algumas funções como um elemento e outras funções como uma relação entre elementos. Exagerando um pouco, podemos até dizer que um sistema é a sua relação com o seu ambiente, ou que é a diferença entre sistema e ambiente.⁷⁹

Partido deste pressuposto, Luhmann organiza sua teoria a partir de uma unidade fundamental, sistemas que se reproduzem por seus próprios elementos e se diferenciam por critérios comunicacionais e de complexidade.⁸⁰ Neste contexto, se traça uma linha de distinção com base em dois fundamentos: complexidade e comunicação. Segundo a teoria autopoietica, os sistemas se diferenciam, entre si, em razão de diferentes critérios comunicacionais – ou, mais especificamente, distintos binômios codificadores. Por outro lado, distinguem-se do ambiente, por conta da diferença de complexidade entre a organização sistêmica e a ‘desorganização’ ambiental. Ou, em linguagem autopoietica, a complexidade sistemicamente organizada, definida em código comunicacional, e supercomplexidade de um ambiente dissensual, caracterizada pela impossibilidade de uma única metanarrativa^{81, 82}

Vistas as premissas, é importante, então, enfatizar os conceitos de complexidade e comunicação. De maneira simplificada, podemos dizer que a complexidade está relacionada à pluralidade de observações, pois, em última análise, ela advém da excessiva variação, que a sociedade fornece, à nossa capacidade racional.⁸³ Ou seja, a complexidade surge da tentativa de relacionar as diversas informações e possibilidades de escolhas que a sociedade apresenta.⁸⁴ Neste cenário, a complexidade não é apenas de um fenômeno quantitativo, mas também qualitativo, pois quanto mais diferentes forem as possibilidades, maior a dificuldade relacional e, por conseguinte, maior a complexidade.⁸⁵ Daí que a crescente pluralização da sociedade implica, então, em aumento da complexidade, na medida em que quanto maior a

⁷⁸ SANTOS NETO; SCHWARTZ, 2008, p. 189.

⁷⁹ LUHMANN, 1992, p. 99-100.

⁸⁰ LUHMANN, 1998, p. 33; 55-56; 59; 71-75; 78-82; 88; 92; 100; 104. LUHMANN, 2005, p. 77; 80-84. LEAL, 2009, p. 184; 187.

⁸¹ LYOTARD, 2013, p. xvii, 31; 77-80.

⁸² LUHMANN, 1998, p. 28-29.

⁸³ LUHMANN, 2005, p. 77-80.

⁸⁴ LUHMANN, 1998, p. 26. MORIN, 1991, p. 41-43.

⁸⁵ MORIN, 1991, p. 43.

pluralidade, mais diferentes ou em maior quantidade são as possibilidades e, assim, maior a complexidade.⁸⁶ Mas, ao contrário do que alguns poderiam pensar, isto não é, em si, uma característica prejudicial. A crescente complexidade é, por vezes, benéfica ao desenvolvimento social, em razão do surgimento de novas possibilidades factíveis.⁸⁷ Por outro lado, a complexidade carrega, no entanto, um desafio implícito. É que a lógica demanda ordem. E ordem exige seleção.⁸⁸ E seleção nada mais é do que a forçosa necessidade de reduzir complexidade.⁸⁹ Daí que, em termos práticos, a complexidade desorganizada impõe seleção para tornar possível a factibilidade operativa em face da realidade. A provocação é, então, ordenar a complexidade, pois ela “é uma palavra problema e não uma palavra solução”⁹⁰. E a angústia está exatamente na maneira como ordenar, dado que a complexidade é, em síntese, a criação de possibilidades de incerteza⁹¹, que não admitem uma redução simplista a uma única lei mestre⁹². Daí a importância da comunicação.

Neste cenário, caracterizado por uma quase infinita possibilidade de interpretações, valores, expectativas e ideais conflitantes – e, em última análise, elevada variação ambiental –, a linguagem aparece como primeiro filtro redutor de complexidade. Ela possibilita a orientação da desorganização na medida em que permite estabilizar a diferença em torno de simbolismos minimamente compartilhados.⁹³ Um simples exemplo ajuda-nos a ilustrar com maior clareza nosso argumento. Pensemos em cadeiras. Existem várias espécies de cadeiras. Algumas mais altas, outras mais baixas, algumas com encosto, outras sem. Em resumo, há uma pluralidade de cadeiras. Uma pluralidade que impõe certa complexidade ao conjunto que simbolicamente faz referência ao conceito ‘cadeira’ no plano denotativo.⁹⁴ Se alguém solicita, então, imaginar uma cadeira, dificilmente duas pessoas pensariam em objetos iguais. Inevitavelmente, a pluralidade do plano denotativo se manifestaria. Entretanto, ninguém pensaria em um cavalo ou numa televisão. Todos visualizariam, dentro de suas respectivas diferenças, um objeto com algum tipo de suporte, destinado a que pessoas

⁸⁶ Ibid., p. 42-43.

⁸⁷ MORIN, 1991, p. 101: Em elogio ao pensamento complexo, Morin argumenta que “quanto menos um pensamento for mutilador [*em referência ao pensar simplista, em oposição ao complexo*], menos mutilará os humanos”

⁸⁸ LUHMANN, 1998, p. 26. VILLAS BÔAS FILHO; GONÇALVES, 2013, p. 99. MORIN, 1991, p. 13.

⁸⁹ LUHMANN, 1998, p. 26; 29; 73-74.

⁹⁰ MORIN, 1991, p. 8.

⁹¹ Ibid., p. 42.

⁹² Ibid., p. 8.

⁹³ LUHMANN, 1992, p. 46.

⁹⁴ NEVES, 2012b, p. 23.

sentem.⁹⁵ É aqui que se opera o *milagre* da redução de complexidade através da linguagem. Aquilo que outrora era pura complexidade desorganizada, expressa em pensamentos distintos, se reorienta a partir do momento em que o simbolismo denotativo da linguagem consegue compatibilizar pensamentos divergentes.⁹⁶ Desta maneira, a linguagem, por intermédio de elevada carga simbólica em seu compartilhamento, possibilita a comunicação entre duas pessoas com experiências, perspectivas, visões e valores diferentes.⁹⁷ E a comunicação, permitida pela linguagem, não se resume apenas na transmissão de informação, mas representa, também, um processo de estabilização da diferença e redução da complexidade, na construção de unificações simbólicas.⁹⁸ Esta é a transmutação de sentido que transforma e organiza a realidade social.

Visto este paradigma, a linguagem se torna elemento fundamental à compreensão da sociedade,⁹⁹ pois através da comunicação se torna possível toda a vivência em comunidade e, por assim dizer, a própria existência da sociedade.¹⁰⁰ Nesse sentido, Luhmann escreve que “a sociedade [é] o sistema que engloba todas as comunicações, aquele que se reproduz autopoieticamente mediante o entrelaçamento recursivo das comunicações e produções comunicacionais sempre novas e distintas”¹⁰¹ [tradução nossa]. Ou seja, a comunicação cria um sistema que se reproduz e se constrói em seus próprios elementos, ao tempo em que reduz a complexidade absoluta de seu ambiente, que se caracteriza pela pluralidade de diversos sistemas psíquicos com expectativas cognitivas diversas¹⁰² e não raras vezes conflitantes. Eis, então, a dita autopoiese: a sociedade se reproduz por intermédio

⁹⁵ Nossa simplíssima “definição” não almeja a busca de conceitos linguísticos, mas apenas apresentar o fenômeno de redução de complexidade. Aliás, essa pretensão, de reduzir o mundo a conceitos, já se mostrou falha no âmbito do positivismo científico (WITTGENSTEIN, 2008, p. 49). No campo da filosofia, a ambição era perfeitamente sintetizada por Wittgenstein, quando, ainda, em sua ‘primeira fase’, no Tratado Lógico Filosófico, afirmava que, através do *pictorial*, a linguagem seria um espelho do mundo (WITTGENSTEIN, 2014, p. 36-38). Mais tarde, ele reconhece “erros graves que escrevi no meu primeiro livro” (WITTGENSTEIN, 2014, p. 167), argumentando que “os filósofos falam muito frequentemente de investigar, analisar, o sentido das palavras. Mas não nos esqueçamos de que uma palavra não tem um sentido que lhe tenha sido dado, por assim dizer, por um poder independente de nós (...). Uma palavra tem o sentido que lhe foi dado por alguém” (WITTGENSTEIN, 2008, p. 60-61). Em resumo, Wittgenstein quer dizer que uma palavra não tem um significado unívoco, preciso, ‘natural’. Ela tem o sentido dependente de seu contexto, de seu jogo de linguagem. Daí que, por exemplo, a palavra ‘verde’ pode referir-se tanto a uma cor (‘esta camisa é verde’), como a um estado (‘não coma esta fruta, ela está verde’), dependendo do contexto.

⁹⁶ LUHMANN, 1983, p. 168.

⁹⁷ LUHMANN, 1992, p. 42; 146. Ver também LEVINAS, 2014, p. 168.

⁹⁸ LUHMANN, 1992, p. 146.

⁹⁹ LUHMANN, 1992, p. 129-146.

¹⁰⁰ LUHMANN, 1992, p. 39; 43-44.

¹⁰¹ LUHMANN, 1998, p. 59.

¹⁰² LUHMANN, 1983, p. 169.

da *comunicação*, na medida em que a *comunicação* gera *comunicação* e se constrói e experimenta por intermédio da *comunicação*. É que, segundo a teoria luhmanniana, autopoiese significa, em síntese, a capacidade de autorreprodução e autorreferência de um sistema, que determina seus próprios limites, estruturas, e operações, em face ao ambiente, fundamentando-se em seus próprios elementos.¹⁰³ O conceito é originário da teoria biológica de Humberto Maturana e Francisco Varela,¹⁰⁴ mas reinterpretado, a partir de Luhmann, no âmbito das ciências sociais.¹⁰⁵ Na biologia a definição de autopoiese expressa a formação de “sistemas homeostáticos, caracterizados pelo fechamento na produção e reprodução dos elementos”¹⁰⁶. O sociólogo de Bielefeld promove a recepção destes conceitos nas ciências sociais, elaborando uma releitura que busca não se resumir ao fechamento operacional, mas pressupõe também a reflexão¹⁰⁷ do sistema em sua relação de abertura com o ambiente. Assim, enquanto a teoria biológica destaca o fechamento operacional, radicalizando a separação entre sistema e ambiente, a releitura luhmanniana pretende não se restringir apenas à clausura do sistema, mas enfatizar, também, a capacidade de abertura cognitiva às influências externas.¹⁰⁸ Daí o, “frequentemente mal interpretado”, conceito de autopoiese das ciências sociais.

O conceito de autopoiese traz consigo, necessariamente, o dificultoso e frequentemente mal interpretado conceito de sistema operativamente fechado. Referindo-se com isto a reprodução, é evidente que não se pode significar isolamento causal, nem autarquia, nem solipsismo cognitivo, como seus contraditores frequentes supõe. Este conceito é uma consequência de melhoria forçosa de maneira trivial (conceitualmente tautológica) de que nenhum sistema pode operar fora de seus limites.¹⁰⁹ [tradução nossa]

Segue daí o conceito de sociedade, segundo Luhmann.

Minha proposta consiste em tomar por base o conceito de comunicação e desta maneira transportar à teoria sociológica do conceito de ação para o de sistema. Isso permite apresentar o sistema social como um sistema operativamente fechado, consistente somente em suas próprias operações, reprodutor de suas comunicações a partir de comunicações. Com o conceito de ação as referências externas são

¹⁰³ LUHMANN, 2009, p. 84. NEVES, 2013b, p. 130-131; VILAS BOAS FILHO; GONÇALVES, 2013, p. 50; 103-ss. LUHMANN, 1998, p. 55-61.

¹⁰⁴ MATURANA; VARELA, 1995.

¹⁰⁵ NEVES, 2013b, p. 127-130.

¹⁰⁶ Ibid, p. 127-128.

¹⁰⁷ Reflexão e reflexividade são palavras que possuem significados muito próprios na linguagem da teoria dos sistemas. Em uma definição muito básica, podemos dizer que a reflexividade é a relação interna do sistema de processamentos da mesma espécie, isto é, elementos de um mesmo sistema relacionando-se uns com os outros. A reflexão, por sua vez, transparece uma relação sistema/ambiente, que já pressupõe a autorreferência e a reflexividade. Ela é a representação da unidade do sistema, numa dinâmica que não se restringe a elementos específicos, mas se manifesta no sistema como um todo. NEVES, 2013b, p. 131-133.

¹⁰⁸ Ibid, p. 128.

¹⁰⁹ LUHMANN, 1998, p. 55.

praticamente inevitáveis. Dado que tem que ser atribuída a uma ação a referência a estados de coisas que não estão socialmente constituídos: a um sujeito, a um indivíduo, para todos os propósitos práticos inclusos a um corpo vigente, ou seja, a um lugar no espaço. Somente com ajuda do conceito de comunicação se pode conceber um sistema social como sistema autopoietico; é dizer, como um sistema consiste somente de elementos (a saber, comunicações) que ele mesmo produz e reproduz através de entrelaçamentos de seus elementos precisamente (isto é, por meio das comunicações).

As decisões teóricas para elaborar uma concepção da sociedade como sistema autopoietico e para a caracterização da operação reprodutora do sistema como comunicação têm que ser tomadas de uma vez, pois se condicionam reciprocamente. Assim, pois, a sociedade se definirá dependendo de como se defina a comunicação – e definição é entendido aqui em sentido estrito: como determinação de limite. Em outras palavras, a construção desta teoria tem que ser realizada atendendo a duas perspectivas: uma dirigida a fazer o conceito de sistema e outra a fazer o de comunicação. [tradução nossa]¹¹⁰

Contudo, este quadrante de referência comunicacional – a que Luhmann chama de sociedade – permanece demasiadamente complexo, uma vez que é sobrecarregado com todas as relações que se utilizam de comunicação para se reproduzir. Deste modo, embora a possibilidade comunicacional reduza a complexidade absoluta para níveis organizáveis, o ambiente comunicativo permanece com elevado grau de variação e pluralidade, pois forçosamente abarca, sob idêntico plano, todas as reproduções comunicacionais.¹¹¹ Neste cenário, a sociedade é sistema, quando se trata de sua própria autopoiese (comunicação), e ambiente, quando de sua relação com os demais subsistemas sociais. Enquanto sistema, a sociedade se ocupa com sua autopoiese e redução de complexidade ambiental, objetivando a criação de uma complexidade organizada ao nível sistêmico. Vista como ambiente, a sociedade tem por *função* fornecer complexidade organizada a seus subsistemas, de forma que eles possam, por seus próprios critérios, definir quais elementos são compatíveis com suas respectivas autopoieses. Neste contexto, a sociedade expõe seus subsistemas a uma complexidade que lhes obriga a desenvolver mecanismos mais seguros de seleção, reprodução e estabilização, na medida em que eles não conseguem suportar a pressão ambiental que lhes é imposta. Este processo leva à formação de novas complexidades, ainda mais organizadas, dentro do sistema social. Daí Luhmann argumentar, em *Complejidad y Modernidad*, que:

A principal função de um sistema global da sociedade, portanto, consiste em simultaneamente aumentar e reduzir (ou seja: prover um acesso pré-moldado e ordenado a) complexidade dos ambientes externos e internos, de maneira que os subsistemas menores encontrem subestruturas suficientes para apontar sua

¹¹⁰ Ibid, p. 56.

¹¹¹ Ibid, p. 59. Neste sentido o conceito de sociedade na obra de Niklas Luhmann: “*A sociedade é o sistema que engloba todas as comunicações, [...]*” (tradução nossa).

seletividade crescente e sua aumentada liberdade. Este processo continua em outro plano dos subsistemas. O mesmo mecanismo se repete e cria organizações altamente especializadas e formas de interação. As vivências e ações que têm lugar em uma sociedade assim devem apoiar-se sempre sobre uma complexa rede de limites seletivos que reduzem as contingências abertas sem eliminá-las. [tradução nossa]¹¹²

É aqui que se incluiu o direito.¹¹³ E não apenas o direito, mas todos os sistemas que se utilizam de comunicações – ou seja, todos os subsistemas sociais.¹¹⁴ Neste âmbito, as interpenetrações sistêmicas são consequência do compartilhamento simbiótico¹¹⁵ de vários subsistemas – operativamente autopoieticos e funcionalmente diferenciados – na mesma quadra de moldura simbólica de referência comunicacional. Tal circunstância impõe que cada subsistema social se organize com base em um único e exclusivo binômio-diferenciador.¹¹⁶ O que, por sua vez, implica na necessidade da criação de instrumentos e mecanismos sistêmicos próprios para conseguir gerenciar a excessiva complexidade ambiental que é imposta.¹¹⁷ “Em suma: para Luhmann, a possibilidade de ‘ressonância’ exige ‘limitações estruturais’ em ordem a viabilizar a efetiva ‘redução de complexidade’ operada pela ‘bivalência artificial’ (*künstliche Zweiwertigkeit*) característica da imposição de um código”¹¹⁸. Seguindo este raciocínio, surge a necessidade a diferenciação funcional dos subsistemas, pois cada um se identificará com um código próprio. Este é o passo exigido pela sociedade moderna.¹¹⁹ A modernidade é diretamente condicionada pela exigência de que cada sistema se organize de acordo com códigos comunicacionais próprios e

¹¹² Ibid, p. 73-74.

¹¹³ LUHMANN, 2009, p. 72-ss e 89.

¹¹⁴ LUHMANN, 1983, p. 168.

¹¹⁵ Assim como a autopoiese, o conceito de simbiose é, também, originário da biologia. Simbiose significa o compartilhamento de um mesmo ambiente ou ecossistema por diversas espécies diferentes, todas elas tirando proveito disso. A aplicabilidade deste conceito no âmbito da sociologia remonta a Robert E. Park e seus conceitos de ecologia sociológica desenvolvidos posteriormente por seus alunos da Escola de Chicago (MORIS, 1958, p. 1-5). No âmbito da teoria dos sistemas, a simbiose seria imaginada quando vários sistemas compartilham idêntico ambiente, beneficiando-se desta situação. É o caso em que uma relação de proximidade entre direito e política, mediatizada pelo acoplamento estrutural entre os sistemas, beneficia ambos, na medida em que “nessa perspectiva, a Constituição em sentido especificamente moderno apresenta-se como uma via de ‘prestações’ recíprocas e, sobretudo, como mecanismo de interpenetração (ou mesmo de interferência) entre dois sistemas sociais autônomos, a política e o direito, na medida em que ela ‘possibilita uma solução jurídica do problema de auto-referência do sistema político e, ao mesmo tempo, uma solução política do problema da auto-referência do sistema jurídico.’” (NEVES, 2013b, p. 65).

¹¹⁶ BRONZE, 1994, p. 292.

¹¹⁷ LUHMANN, 1998, p. 101.

¹¹⁸ BRONZE, 1994, p. 288.

¹¹⁹ LUHMANN, 1998, p. 55-ss; 81-85; 140. NEVES, 2012, p. 11-18. NEVES, 2013a, p. 6-17. VILLAS BÔAS FILHO; GONÇALVES, 2013, p. 60-65. KING; THORNHILL, 2003, p. 36. SANTOS NETO; SCHWARTZ, 2008, p. 189; 197.

exclusivos,¹²⁰ em oposição ao determinismo social e à formação de hierarquias sistêmicas, que caracterizavam a pré-modernidade. Tal processo trata da formação de complexidades organizadas dentro de outra complexidade menos organizada (sociedade), uma vez que a pluralidade ambiental é mediatizada por novos fenômenos comunicacionais, expressos em binômios-diferenciadores.¹²¹ Neste contexto, os sistemas diferenciam-se entre si, em razão de suas diferenças comunicacionais (binômios-codificadores), ao passo em que se distinguem da sociedade por conta da diferença de complexidade existente.

A diferenciação funcional expõe os subsistemas a um ambiente altamente complexo. Atenua as crenças compartilhadas, reduzindo-as a 'sentidos' simbólicos altamente generalizados, localizando-as em situações específicas da vida diária que se alteram à medida em que fazem os interlocutores. [tradução nossa]¹²²

Em termos luhmannianos, a sociedade moderna é, basicamente, a unidade de diversos sistemas com funções específicas e que se organizam com base em suas próprias comunicações.¹²³ Nesta leitura, ela caracteriza-se pela supercomplexidade de suas relações e diferenciação funcional de subsistemas autopoieticos¹²⁴, vista a exigência de que eles se organizem por intermédio de códigos binários exclusivos.¹²⁵

III.II. O DIREITO ENQUANTO SUBSISTEMA AUTOPOIÉTICO DA SOCIEDADE MODERNA

Visto o paradigma de diferenciação funcional e autopoiese, apresentam-se algumas consequências importantes, as quais enfatizaremos em relação ao sistema jurídico.

A primeira é um simples silogismo das premissas estabelecidas, indicando que o sistema legal deve, por si só, desenvolver mecanismos de seleção, estabilização e reprodução, que possam assegurar sua diferenciação por seus próprios fundamentos.¹²⁶ “Caso contrário, a comunicação jurídica simplesmente se dissolveria em meio ao fluxo de comunicação social geral”¹²⁷, impedindo a contingência e, por assim dizer, a própria

¹²⁰ NEVES, 2012, p. 18. LUHMANN, 2009, p. 66.

¹²¹ LUHMANN, 1983, p. 168; 170; 173-174.

¹²² LUHMANN, 1998, p. 92.

¹²³ LUHMANN, 1983, p. 168; 175; 181.

¹²⁴ LUHMANN, 1998, p. 75. LUHMANN, 2009, p. 70. NEVES, 2012, p. 124.

¹²⁵ VILLAS BÔAS FILHO; GONÇALVES, 2013, p. 63.

¹²⁶ LUHMANN, 2009, p. 58; 101. LUHMANN, 1983, p. 170; 173; 175. VILLAS BÔAS FILHO; GONÇALVES, 2013, p. 103-108.

¹²⁷ VILLAS BÔAS FILHO; GONÇALVES, 2013, p. 106.

existência do sistema legal. Tal característica se manifesta na formalização de procedimentos tipicamente jurídicos e na criação de uma hierarquia interna no sistema, que tem por função garantir critérios para as operações de reprodução sistêmicas.¹²⁸ Com isso o sistema jurídico ganha mecanismos próprios para mediar internamente suas relações heterorreferenciais e autorreferenciais, com indicadores substantivos de validade.¹²⁹ Ou seja, o sistema jurídico passa a dispor de instrumentos próprios para garantir sua unidade e ordem¹³⁰. Em termos práticos, isto se manifesta na necessidade de constitucionalização e positivação do direito. Estes fenômenos ambicionam garantir a autopoiese e a diferenciação funcional, mediante a hierarquização interna do sistema¹³¹ e a criação de possibilidades de contingência através do binômio *lícito/ilícito*.¹³² Neste sentido, a positividade garante a diferenciação funcional ao afirmar critérios rígidos de seleção às expectativas cognitivas do ambiente¹³³ e a Constituição estabelece um grau de hierarquia interna, servindo de limite a abertura cognitiva e balizando a estabilização e reprodução do sistema¹³⁴. Tal conclusão não significa que o direito se esgota no texto ou que, no dizer de Müller, a norma se resume ao programa normativo.¹³⁵ Elementos externos ao sistema jurídico ainda podem adentrá-lo, seja sob a via legislativa ou interpretativa. Ou, ao menos, pressioná-lo, em termos heterorreferenciais. Em verdade, trata-se da necessidade de fechamento operacional do sistema legal, que passa a ser caracterizado como autopoietico na medida em que consegue se fundamentar, desenvolver e reproduzir sob seus próprios elementos (normas jurídicas), estabelecidos por um binômio-codificador, que traça uma linha divisória entre o que está dentro e o que está fora do sistema. Esta é a característica que diferencia o direito moderno de suas formações precedentes.¹³⁶ Na pré-modernidade, o sistema legal era dominado pela política e por critérios morais, em muitos casos vinculados à religião.¹³⁷ Isso é inadmissível na modernidade, que tem como premissas a isonomia sistêmica e a diferenciação funcional. Ao direito, tais características se manifestam através do binômio *lícito/ilícito*,¹³⁸ porque é a partir do processo de

¹²⁸ LUHMANN, 1983, p. 174-176; 180-181. VILLAS BÔAS FILHO; GONÇALVES, 2013, p. 99-100.

¹²⁹ LUHMANN, 1998, p. 101.

¹³⁰ CANARIS, 2012, p. 12-13; 18.

¹³¹ NEVES, 2013b, p. 69-72.

¹³² Em outro paradigma teórico, encontramos ideia similar em RADBRUCH, 1974, p. 95.

¹³³ LUHMANN, 1983, p. 54-58; 62-63.

¹³⁴ NEVES, 2013b, p. 69-72.

¹³⁵ MÜLLER, 2000, p. 42; 53-54; 56-67; 74-75.

¹³⁶ LUHMANN, 1983, p. 225-228. LUHMANN, 1988, p. 155-160. HABERMAS, 2014, p. 50. NEVES, 2012, p. 142.

¹³⁷ TOMÁZ DE OLIVEIRA, 2014. HABERMAS, 2014, p. 82-83.

¹³⁸ NEVES, 2013b, p. 135.

positivação que o sistema legal passa a dispor de um código *sim/não* à sua diferenciação, seja em relação ao ambiente, seja em face dos demais subsistemas sociais.¹³⁹

Desta perspectiva, analisar o movimento evolutivo do direito significa descrever o processo de aquisição de contingência pelo sistema jurídico. A evolução do direito não é determinada por fenômenos externos, mas por suas próprias escolhas. Em outras palavras, o sistema jurídico evolui às cegas, sem nenhum projeto ou planificação, mas conforme a incerteza em relação à consistência e à adequação de suas seleções. [tradução nossa]¹⁴⁰

É importante, contudo, perceber a alteração do conceito de positividade na obra de Luhmann. Inicialmente a positividade era caracterizada “em termos de decidibilidade e alterabilidade do sistema jurídico.”¹⁴¹, implicando numa postura decisionista.¹⁴² Nesta leitura, Luhmann argumentava que “o direito é reduzido a um complexo de programas decisórios”¹⁴³ ou que “o direito adquire seu centro de gravidade em papéis específicos e programas específicos para o processo decisório jurídico”¹⁴⁴.¹⁴⁵ Entretanto, “com o tempo, o aspecto de autonomia operacional do direito, especialmente em face da política, foi ganhando cada vez mais significado na teoria de Luhmann, de tal maneira que perdeu qualquer fundamentação reduzir a sua noção de positividade a uma fórmula decisionista”¹⁴⁶. Em verdade, as raízes do pensamento amadurecido já estavam presentes em trechos de *Sociologia do Direito*, obra que caracteriza sua postura decisionista. Neste período, embora se aponte a “mecanismos de diferenciação de papéis e processos especificamente jurídicos, e de seus resultados no sentido de autonomização de estruturas de expectativas jurídicas”¹⁴⁷, estas características são, ainda, ofuscadas pelo protagonismo do processo decisório. É apenas após enfatizar o aspecto de autonomia operacional e incorporar o conceito de autopoiese que Luhmann reconsidera a seu conceito de positividade.

A teoria do direito autopoietico, operativamente fechado, pressupõe que este sistema esteja apto a traçar uma diferenciação entre ele e outros sistemas funcionais. Daí que se um observador externo pretende visualizar e descrever o sistema apropriadamente, em algum momento, ele se confrontará com esta distinção, que é produzida pelo próprio sistema. Mesmo que isto seja possível como um todo, é criado referente à relação entre direito e política. Uma longa tradição, que se estende desde o início da modernidade, nos instiga a ver apenas um sistema composto por política e direito. Em grande parte, isto ocorre em razão

¹³⁹ LUHMANN, 1980, p. 56.

¹⁴⁰ LUHMANN, 2009, p. 99.

¹⁴¹ NEVES, 2012, p. 79.

¹⁴² LUHMANN, 1980, p. 34-35.

¹⁴³ LUHMANN, 1983, p. 118.

¹⁴⁴ Ibid, p. 108.

¹⁴⁵ Ibid, p. 93; 108; 112; 118; 131-132.

¹⁴⁶ NEVES, 2012, p. 79.

¹⁴⁷ LUHMANN, 1983, p.122.

do conceito de Estado, que é ao mesmo tempo político e jurídico. [...] Por outro lado, como já vimos no capítulo sobre a função do direito, nós devemos distinguir entre a função política e a legal, assim como seus modos de atualização.¹⁴⁸ [tradução nossa]

Adiante observaremos que este conceito permanece apresentando algumas problemáticas, especialmente em relação aos pressupostos de justiça material do direito. Contudo, deixemos esta questão para outro momento. Por ora, importa reconhecer que o procedimento de positividade legal garante fechamento operacional e diferenciação funcional do direito na medida em que os processos jurídicos fundamentam-se em normas jurídicas.¹⁴⁹ Em termos práticos, isso significa que a validação de uma operação jurídica sempre regressará à reflexividade¹⁵⁰ do sistema, que transforma projeções do ambiente em expectativas normativas¹⁵¹, absorvendo politicamente o dissenso conteudístico por intermédio do consenso jurídico procedimental.¹⁵²

A segunda conclusão é fruto do compartilhamento simbiótico do ambiente. Trata-se de compreender que a construção e concretização das normas jurídicas – seja em perspectiva legislativa ou interpretativa – pressupõe não apenas critérios sistêmicos, mas também heterorreferenciais. Ou seja, não se trata de um processo isolado ou absolutamente autônomo, mas em concomitância com a pretensão de reprodução fática de diversos outros sistemas sociais. E eles influenciam de maneira decisiva não apenas na criação legislativa e na concretização interpretativa das normas jurídicas, mas também na possibilidade de normatividade jurídica.¹⁵³ Portanto, é preciso reconhecer que as normas jurídicas e as decisões judiciais são lançadas em um ambiente que não se vincula exclusivamente ao direito e, por vezes, confere primazia à reprodução de outros sistemas, deixando ordenações jurídicas impotentes em face da dinâmica de funcionalidade da sociedade.¹⁵⁴ Neste cenário, o intérprete jurídico deve manter-se atento aos demais sistemas sociais, sob pena de alcançar conclusões que sejam totalmente deslocadas da realidade ou se mostrem absolutamente ineficazes em face da complexidade do mundo da vida. Tais equívocos podem representar um flagelo à normatividade jurídica,¹⁵⁵ enquanto fundamento de estabilização de

¹⁴⁸ LUHMANN, 2009, p. 357.

¹⁴⁹ NEVES, 2013b, p. 135. VILLAS BÔAS FILHO; GONÇALVES, 2013, 97-103. LUHMANN, 2002, p. 341.

¹⁵⁰ Cf. nota 107.

¹⁵¹ LUHMANN, 1983, p. 173-176. NEVES, 2012, p. 11-25; 59-67; 79-95.

¹⁵² LUHMANN, 1983, p. 45-46; 52; 57.

¹⁵³ Ibid, p. 173; 176.

¹⁵⁴ NEVES, 2012, p. 215-ss. NEVES, 2013a, p. 22-34.

¹⁵⁵ HESSE, 1991, p. 18; 21.

expectativas normativas¹⁵⁶ e segurança jurídica¹⁵⁷. Daí a importância da abertura cognitiva. Embora muitos críticos da teoria autopoiética confundam fechamento operacional com solipsismo ou isolamento sistêmico, é preciso compreender que o conceito de autopoiese pressupõe, também, abertura ao ambiente. Ela é a maneira de garantir a capacidade de aprendizado e adequação social do sistema. Não que isto invalide ou suprima as filtragens de seleção, estabilização e reprodução de que tratamos. Ao contrário, é neste momento que elas se manifestam e demonstram sua importância, pois a abertura cognitiva representa a possibilidade de correspondência entre sistema e ambiente, mediatizada pelos mecanismos inerentes a autopoiese. Ela é, em outras palavras, a possibilidade de reingresso da diferença no sistema, na medida em que é possibilitada a penetração de elementos *a priori* alheios ao sistema, desde que atendidos os pressupostos da autopoiese.

Desta conclusão há uma premissa que gostaríamos de ressaltar. Segundo Luhmann, a modernidade está diretamente vinculada à inexistência relações hierárquicas entre sistemas. Em sociedades pré-modernas alguns sistemas dominavam outros, numa relação hierárquica de dependência (superior/inferior).¹⁵⁸ Tal característica é inadmissível em tempos modernos. Tendo em vista a diferenciação funcional, cada sistema passa a gerir suas próprias operações, de maneira que se impede a sobreposição de critérios de um sistema ao outro. Muitos juristas criticam este posicionamento de Luhmann, ao argumento de que tais conclusões enfraqueceriam a capacidade normativa do direito, tornando-o ‘apenas mais um sistema, no meio de outros tantos’.¹⁵⁹ Contudo, por mais difícil que seja admitir isso, parece que, face à dinâmica social, a perspectiva luhmanniana é correta. Não é fácil assumir a impotência do direito. Pior ainda é admitir que o direito é, por vezes, *impedido* de operar, em razão de fatores externos. Por outro lado, não podemos negar que há diversas situações em que a realidade mundana impõe barreiras à legalidade. Mesmo hoje, quando do alto de nossa soberba presumimos ter alcançado um nível normativo parcialmente adequado às exigências de dignidade, respeito, tolerância, liberdade e democracia, somos, periodicamente, confrontados com situações que nos fazem questionar o respeito e mesmo a existência do Estado de Direito. Tal característica implica em assumir a abertura cognitiva,

¹⁵⁶ LUHMANN, 1983, p. 109; 115-116.

¹⁵⁷ RADBRUCH, 1974, p. 163-164.

¹⁵⁸ NEVES, 2013a, p. 7.

¹⁵⁹ CASTANHEIRA NEVES, 2012, p. 45-48. BRONZE, 1994, p. 294-295; 302.

mas reconhecer seus limites nos pressupostos de fechamento operacional, sob pena de invalidar a premissa de isonomia sistêmica.

Ao sistema jurídico essa contradição entre abertura e clausura se resolve com a Constituição. A positividade constitucional implica em garantir fundamentos sistêmicos para que o direito se organize por seus próprios critérios¹⁶⁰, ao mesmo tempo em que confere fundamentos de validade às relações de abertura.¹⁶¹ “Nessa perspectiva, a norma constitucional, como um caso particular de norma jurídica”¹⁶², permite que, sob o ponto de vista operativo, as comunicações jurídicas fundamentem-se no próprio sistema, na medida em que a validade de toda norma legal retorna à reflexividade da Constituição,¹⁶³ e, concomitantemente, sob a perspectiva de abertura, garante que o sistema tem critérios autopoieticos para receber o *re-entry* de novas informações. É que a partir do momento em que o sistema jurídico reconhece na Constituição sua validade fundamental, não é mais necessário à busca de apoios externos, dado que o fundamento de validade do sistema está incluso no próprio sistema.¹⁶⁴ Isto significa que o direito passa a se autodeterminar e fundamentar, imunizando-se em face à política, religião, amizades, parentescos, ou qualquer outro subsistema social. Em termos de clausura operativa, a Constituição é a forma com que o direito reage à própria autonomia.¹⁶⁵ Ela representa um nível de reflexividade e hierarquia interna que confere indicadores de validade material ao próprio sistema.¹⁶⁶ Daí se dizer que o fechamento operacional é condição à abertura cognitiva.¹⁶⁷ Nesta leitura, o direito mostra-se apto a receber influências de outros sistemas, como forma de garantir sua adequação social e capacidade de aprendizado,¹⁶⁸ na exata medida em que a Constituição passa a permitir o reingresso da diferença no sistema, possibilitando que o direito se relacione com outros sistemas sem prejuízo de sua capacidade autorreferencial.¹⁶⁹ Daí que quando tratamos das relações heterorreferenciais do direito é importante perceber que a Constituição funciona como limite à abertura cognitiva. Em nível constitucional, isto se manifesta através das

¹⁶⁰ NEVES, 2013b, p. 135-136.

¹⁶¹ Ibid, p. 69-71; .135-136.

¹⁶² Ibid, p. 67.

¹⁶³ Ibid, p. 68.

¹⁶⁴ LUHMANN, 2002, p. 361-364. NEVES, 2013b, p. 69-72; 128-134.

¹⁶⁵ NEVES, 2013b, p. 70.

¹⁶⁶ NEVES, 2013a, p. 59. BAGGENSTOSS; CADEMARTORI, 2011, p. 329.

¹⁶⁷ NEVES, 2013b, p. 137.

¹⁶⁸ NEVES, 2013b, p. 63. NEVES, 2013a, p. 137.

¹⁶⁹ NEVES, 2013b, p. 69-70.

cláusulas pétreas, um núcleo intocável da identidade constitucional, que não pode ser objeto de alteração.¹⁷⁰ Em nível infraconstitucional, isto significa que toda norma legal deve ser, em algum sentido, compatível com a Constituição, que serve de fundamento de validade a todo o sistema.

Neste cenário, “o sistema legal se estabelece como sistema autopoietico assim que as condições mencionadas acima são alcançadas” [tradução nossa]¹⁷¹. Por um lado, é assegurada a clausura operativa, pois o sistema jurídico legitima-se em seus próprios elementos (nomeadamente na Constituição), sem precisar recorrer a elementos externos; por outro, é garantida a possibilidade de abertura cognitiva, uma vez que – havendo capacidade autorreflexiva do sistema, por meio das normas constitucionais¹⁷² – é aberto um canal de comunicação entre sociedade e direito, permitindo irritações recíprocas de ambas as partes. Sintetizando as linhas que traçamos acima, faz-se *mister* perceber que a Constituição exerce, concomitantemente, ao menos quatro funções imprescindíveis para a determinação da relação entre direito e sociedade: (i) primeiramente, garante a diferenciação funcional do direito, uma vez que através de processos pautados no código *lítico/ilícito* diferencia normas jurídicas e sociais; (ii) permite o fechamento operacional do ordenamento jurídico, que não precisará recorrer a elementos alheios ao sistema para legitimar-se; (iii) concomitantemente, permite a abertura cognitiva do ordenamento jurídico, uma vez que elementos *a priori* externos ainda podem adentrar ao sistema, por intermédio dos procedimentos de diferenciação funcional supracitados; (iv) e, assim, garante a autopoiese do sistema jurídico, vista a abertura cognitiva e o fechamento operacional.

III.III. A CONSTITUIÇÃO E A DINÂMICA DA SOCIEDADE MODERNA: A PROPOSTA DOS ACOPLAMENTOS ESTRUTURAIS E DA RAZÃO TRANSVERSAL

Ao longo dos anos, polêmicas constitucionais conquistaram grande destaque no ambiente acadêmico da teoria jurídica e no imaginário popular. Este tópico se dedica a

¹⁷⁰ NEVES, 2013a, p. 60.

¹⁷¹ LUHMANN, 2009, p. 94. Neste sentido, Luhmann enfatiza que um sistema autopoietico é vinculado às operações que produz (p. 84).

¹⁷² LUHMANN, 1998, p. 101. NEVES, 2013b, p. 70.

explorar esta temática, problematizando concepções clássicas e apresentando *novos* caminhos, que parecem ser mais adequados à complexidade da sociedade hodierna.

a) Os fundamentos do constitucionalismo e as clássicas definições de Constituição na modernidade: a busca de um novo paradigma

A teoria autopoiética se desenvolve partindo da premissa de que a sociedade moderna é constituída por sistemas que não estão submetidos a critérios de validade externos. Vista esta perspectiva, embora testemunhemos, hoje, muitas situações em que a autonomia do direito é colocada em questão, em razão da complexa dinâmica social, não poderíamos negar que seu fundamento de validade está assentado em seus próprios elementos – especificamente, na Constituição. Nem sempre foi assim. Durante muitos anos o direito esteve subjugado à política e à religião. O absolutismo despótico e o poder eclesiástico, que caracterizaram o cenário europeu durante a idade média, são exemplos sintomáticos. Por séculos, instituições religiosas impuseram seu pensamento doutrinário sobre o sistema legal, confundindo preceitos morais e jurídicos. Aos poucos surgiu uma oposição, destacadamente com o iluminismo – movimento racionalista, antropocêntrico e liberal.¹⁷³ Ele foi a chama para contestar os valores eclesiásticos, iniciando uma alteração paradigmática. Ao fundamentar seus postulados “no poder da razão humana de compreender nossa verdadeira natureza e a natureza de nossas circunstâncias”¹⁷⁴, o iluminismo abriu a porta para que, progressivamente, os alicerces transcendentais fossem questionados. Obviamente, esse processo foi gradativo. Os pais do iluminismo confrontaram-se com a problemática eclesiástica, mas hesitaram em contestar a origem divina do conhecimento humano e do direito natural.¹⁷⁵ Não obstante isso, foi sedimentando-se o caminho até que a força política sobre o direito superasse o domínio religioso. Foi, então, a vez da política oprimir o direito. No contexto absolutista direito e política andavam de mãos atadas. Não em uma relação de igualdade. O direito era subordinado.¹⁷⁶ E o poder era arbitrário. O déspota sufocava a todos, sem qualquer limite, pois desempenhava seu poder de maneira controladora e, ao mesmo tempo, descontrolada. Não por acaso o Leviatã se tornou o grande

¹⁷³ SHAPIRO, 2006, p. 9-11.

¹⁷⁴ Ibid, p. 9.

¹⁷⁵ SHAPIRO, 2006, p. 13-15; 18-20. DESCARTES, 2001, p. 40-46.

¹⁷⁶ BRONZE, 1994, p. 289.

inimigo do pensamento político liberal. Daí que surgem os movimentos constitucionais modernos.¹⁷⁷ Sob a perspectiva social, eles propuseram transformações estruturais que possibilitaram o acoplamento de tradições que seguiam caminhos distintos até encontrarem raízes comuns em seus postulados. Sob a perspectiva sistêmica, eles tinham a pretensão de uma alteração paradigmática, que visava romper a estrutura hierárquica da sociedade pré-moderna – que se manifesta na dicotomia *superior/inferior* – substituindo-a pelo primado da diferenciação funcional, típico à sociedade moderna.¹⁷⁸ Motivados por ideais liberais, eles questionavam “os esquemas tradicionais de *domínio político*, sugerindo, ao mesmo tempo, a invenção de uma nova forma de ordenação e fundamentação do poder político”¹⁷⁹. Eis, então, o nascimento de “uma técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos”¹⁸⁰. Uma nova fase no pensamento político-social da comunidade. Uma novidade *ideológica*¹⁸¹, pautada no controle dos governantes por intermédio de leis e direitos dos cidadãos.

Todavia, ao contrário do que muito se diz os debates constitucionais não são exclusividade de tempos modernos. Um olhar mais atento mostra-nos que eles remontam, pelo menos, a Aristóteles e seu conceito de *politéia*, em *A Constituição de Atenas* e *A Política*.¹⁸² A definição aristotélica não é, entretanto, um conceito tão abrangente quanto se pretendem as constituições modernas.¹⁸³ A noção grega deliberadamente exclui de sua aplicação os domínios da vida privada dos *oikos*¹⁸⁴ e aqueles que não se enquadram como cidadãos da *pólis*¹⁸⁵.¹⁸⁶ Daí que a *politéia* é um instrumento oligárquico, que se relaciona exclusivamente com o domínio do espaço público e determinados grupos de pessoas, afastando-se da pretensão holística das cartas da modernidade.¹⁸⁷ Neste cenário, ainda não se pode falar em constitucionalismo, enquanto uma teoria crítica que busca limitar o poder

¹⁷⁷ CANOTILHO, 1998, p. 45. BARROSO, 2009, p. 10-33. GEBRAN NETO, 2002, p. 43-46.

¹⁷⁸ NEVES, 2013a, p. 6.

¹⁷⁹ CANOTILHO, 1998, p. 46.

¹⁸⁰ Ibid, p. 45.

¹⁸¹ Ibid, p. 45.

¹⁸² ARISTÓTELES, 1999a, p. 211-ss, em especial p. 224 (Livro III). ARISTÓTELES, 1999b, p.290-ss.

¹⁸³ NEVES, 2013a, p. 12. NEVES, 2012, p. 95-96.

¹⁸⁴ O conceito de *politéia* pressupõe uma diferenciação entre *pólis*, espaço público, e *oikos*, espaço doméstico que não integra a *pólis*, estando sob total domínio do senhor que possui a área. Cf. NEVES, 2013a, p. 12-13.

¹⁸⁵ Como se sabe, o conceito de cidadão na Antiga Atenas era muito restritivo. Enquadravam-se nessa categoria apenas aqueles que eram plenamente livres, filhos de pais e mães cidadãos, excluindo, ainda, parcialmente as mulheres. Cf. ARISTÓTELES, 1999a, p. 213-214.

¹⁸⁶ LUHMANN, 2002, p. 320. NEVES, 2013a, p. 13. NEVES, 2012, p. 95-96.

¹⁸⁷ NEVES, 2013a, p. 13.

dos governantes, garantir direitos ao cidadão e ter efeitos sob a vida pública e privada de todos. Por outro lado, também, não é possível negar a existência de *constituições*¹⁸⁸ – num sentido amplo, diverso daquele que hoje adotamos –, na medida em que existe um documento que reconhece os legitimados para exercer o poder e, dentro de suas limitações, pretende estruturar a organização da sociedade. Em situação similar estão as cartas de liberdade e os pactos de poder desenvolvidos durante a Idade Média. Eles, igualmente, destacam-se por seu âmbito de aplicação restrita e particularista.¹⁸⁹ Instrumentos como, por exemplo, a Carta Magna, assinada pelo ascende ao trono inglês, João Sem-Terra, em 1215, são apenas pactos de poder político entre determinados grupos de pressão e a figura responsável por exercer a fortificação do critério *superior/inferior* na dinâmica social, não contendo as características que hoje consideramos essenciais a uma Constituição. Em última análise, estes acordos afirmam uma identificação entre direito e política, com prevalência a esta. E, assim, por duas primordiais razões, não são equiparáveis às constituições modernas.¹⁹⁰ A uma, por seu viés particularista de aplicação restrita. A duas, pela inexistência de diferenciação entre poder político e direito, exigência fundamental da modernidade.

Neste contexto, podemos perceber que a simples existência de um documento que reconheça legitimados para exercer o poder não implica na formação de constituições em sentido moderno. É que com a modernidade o uso linguístico da expressão ‘Constituição’ foi radicalmente alterado, desvinculando-se das interpretações antigas.¹⁹¹ As constituições modernas exigem algo mais. É preciso o reconhecimento de direitos dos cidadãos e a compreensão da legalidade jurídica como limite à atuação do poder político. Por isso, mesmo que, num sentido amplo, reconheçamos a existência de *constituições* na antiguidade, não podemos olvidar que o resgate de tradições pré-modernas pouco influencia o constitucionalismo contemporâneo.¹⁹² Aos antigos, o conceito não atingia as questões de

¹⁸⁸ LASSALLE, 1988, p. 31.

¹⁸⁹ NEVES, 2013a, p. 20.

¹⁹⁰ Ibid, p. 18

¹⁹¹ NEVES, 2013b, p. 57. Exemplo disto é a alteração da tradução da palavra *politeia*. Originalmente, a tradução inglesa atribuía o sentido de governo (government) à expressão aristotélica. Apenas a partir do século XVIII, verte-se à Constituição (Constitution).

¹⁹² A frase reclama uma explicação. Não queremos dizer que o resgate de estudos e fundamentos do passado não influencia o pensamento constitucional moderno. Autores como Aristóteles, Platão, Sócrates, Galileu Galilei, entre outros, permanecem extremamente importantes e, em certa medida, com problemáticas atuais. Contudo, especificamente no que se refere ao conceito de Constituição, somos forçados a admitir que o uso da palavra se alterou de tal maneira que o pensamento clássico não nos fornece um suporte contextualizado.

limitação do poder estatal e afirmação de direitos e garantias individuais e coletivos, não se vinculando aos ideais que passam a ser enfatizados a partir da ascensão de movimentos liberais iluministas.¹⁹³ Em resumo, é importante perceber que a grande inovação da modernidade é o constitucionalismo e a maneira de encarar a atividade governamental em face a legalidade e os direitos liberais dos cidadãos, não a ‘invenção’ da Constituição. Daí que, sob a lógica de oposição ao poder absolutista, os primeiros conceitos modernos apontavam à tentativa de controle do poder estatal através da legalidade e direitos individuais, afirmando, em síntese, que a Constituição é ‘a antítese do governo autoritário’ ou ‘a forma jurídica de limitação do governo’.¹⁹⁴

Não tardou para que este aparente consenso inicial fosse se dissolvendo, dando lugar a amplas discussões. Desvinculando-se da matriz iluminista,¹⁹⁵ surgiram as conceituações sociológicas.¹⁹⁶ A reação socialista, por exemplo, argumenta que “o direito jurídico, que apenas reflete as condições econômicas de determinada sociedade”¹⁹⁷, não representa nada mais do que uma figura simbólica que tem por objetivo dissimular os fatores reais de poder que governam a sociedade.¹⁹⁸ Ferdinand Lassalle apresentou uma definição clássica a este paradigma. Em *A Essência da Constituição*, ele afirma que a Lei Maior nada mais é do que apenas um ‘pedaço de papel’, sem qualquer efetivo poder.¹⁹⁹ Segundo Lassalle, “todos os países possuem ou possuíram sempre e em todos os momentos uma Constituição *real e efetiva*”²⁰⁰, que não se apresenta sob a forma de um documento escrito, mas na expressão dos fatores de poder que realmente gozam da efetiva força para governar. Daí alegar que a verdadeira Constituição não é um documento jurídico, mas um fator sociológico. Em outra perspectiva, Weber também apresenta um conceito dessa natureza.²⁰¹ Ele “compreende as ordens estatais das sociedades modernas como simples manifestos do ‘poder político’”²⁰², na medida em que reduz a racionalidade jurídica à formalização de procedimentos políticos, independente do conteúdo normativo a ser formado. Um conceito

¹⁹³ CANOTILHO, 1998, p. 46-48. NEVES, 2013b, 57.

¹⁹⁴ NEVES, 2013b, p. 65.

¹⁹⁵ SHAPIRO, 2006, p. 91-ss.

¹⁹⁶ KIRCHMANN, 1949. (Ver também: CANARIS, 2012, p. 45-46). LASSALLE, 1988. ENGELS, KAUTSKY, 2012. MARX, 2014.

¹⁹⁷ ENGELS; KAUTSKY, 2012, p. 34.

¹⁹⁸ LASSALLE, 1998, p. 11.

¹⁹⁹ *Ibid*, p. 19.

²⁰⁰ *Ibid*, p. 31.

²⁰¹ NEVES, 2013b, p. 58.

²⁰² HABERMAS, 2014, p. 13.

positivista e funcionalista, que, em detrimento da autonomia do direito, enfatiza a manifestação do poder político e a possibilidade de punição nas hipóteses de desobediência.²⁰³ Ao final, ambos os modelos parecem inadequados. Seja sob qual perspectiva for, percebemos não apenas a falta de autonomia e normatividade jurídica, mas também a incapacidade de gerenciar os conflitos entre expectativas normativas e cognitivas, na dinâmica de contraposição entre direito e realidade. Daí a reação normativista.

Em resposta às teorias sociológicas da Constituição, ergueram-se as conceituações jurídico-normativistas. Segundo este entendimento, o direito é um sistema autônomo de normas, cuja Constituição representa o maior fundamento de validade. Sob esta perspectiva, as normas constitucionais representam, em sentido material, as ordenações de maior relevância do sistema jurídico, e, em sentido formal, normas que necessitam de procedimento especial para alteração.²⁰⁴ Neste contexto, eles argumentam um ficto paralelismo entre direito e realidade, conferindo primazia à norma jurídica. Assim, ao contrário das definições sociológicas, que subsumiam a Constituição a outros fatores da sociedade, as teorias ‘estritamente jurídicas’, por assim dizer, conferem prevalência ao dever-ser jurídico, buscando normatizar o mundo, por intermédio de conceitos oriundos do direito. Daí que se desconhece as ingerências de outros sistemas sob o ordenamento jurídico, na medida em que a Constituição representa uma tentativa solipsista de idealização da sociedade. Por diversas razões, algumas das quais destacamos anteriormente, este modelo não parece adequado. Em resumo, porque a formação de um sistema autárquico não é compatível com as ingerências às quais o direito é exposto na sociedade moderna. Além disso, o autismo sistêmico, exposto em especial na Constituição, causa a separação entre direito e moral, o que pode ter consequências trágicas. Daí a resposta materialista.

Para além destas duas definições clássicas, que aparecem em virtualmente todos os livros de Direito Constitucional, destacamos ainda as teorias materiais de constituições. Elas surgem como reação ao formalismo da doutrina positivista, buscando destacar a compatibilidade de conteúdo entre a norma constitucional e valores que, supostamente, constituem a sociedade. As ideias de Ronald Dworkin, em resposta ao ‘positivismo moderado’ de Hart, tipificam este movimento. Nesse contexto, argumenta-se que, em alguns

²⁰³ HABERMAS, 2014, p. 13; 25; 27-29. ALEXYS, 2009, p. 18.

²⁰⁴ NEVES, 2013b, p. 59.

casos, o “sistema constitucional baseia-se em uma teoria moral específica”²⁰⁵, de maneira que a essência da Constituição deve refletir as concepções morais da sociedade. Esta perspectiva dilui as fronteiras entre direito e moral e vincula a interpretação jurídica a conteúdos axiológicos próprios de determinadas tradições, porque, entre outras coisas, fundamenta-se na premissa de que há uma única, específica e inequívoca moral social. Estes alicerces não parecem compatíveis com sociedades modernas, caracterizadas pela pluralidade em suas relações e a diferenciação funcional de seus sistemas. Assim, não parece satisfatório vincular a Constituição a uma concepção fundamentalmente material, na medida em que, por um lado, se ameaça a diferenciação funcional do sistema jurídico, e, por outro, a capacidade do direito de firmar legítimas expectativas normativas contrafactuais²⁰⁶.

Daí a insuficiência dos modelos clássicos. Embora não os tenhamos ilustrado de maneira detalhada, os contornos tracejados evidenciam que os conceitos propostos ficam aquém das necessidades estruturais da sociedade, em razão da incompatibilidade entre as teorias e as ingerências de outros sistemas face à Constituição. Assim sendo, seja por desconsiderar a *Força Normativa da Constituição*²⁰⁷, seja por argumentar um sistema solipsista, ou ainda por enfraquecer as fronteiras de diferenciação do direito positivo, os ideais conceituais sinteticamente apresentados demonstram a necessidade de um novo compreender, que consiga compatibilizar o conceito de Constituição e a complexa dinâmica da sociedade moderna. É que o constitucionalismo moderno clássico fundamenta-se em premissas que não podem ser, em absoluto, garantidas em face à complexidade social. Segundo Canotilho:

O problema central do constitucionalismo moderno é, porém, o de se poder transformar em uma aporia científica e numa ilusão político-constitucional, pelo facto de assentarem – e viverem de – pressupostos estatais que o Estado não pode garantir. Em palavras luhmannianas: as constituições dos Estados deixarão de desempenhar a sua função quando não conseguirem estabilizar as expectativas normativas.²⁰⁸

Eis, então, a proposta que se inicia com Niklas Luhmann. Trata-se de uma tentativa de compatibilizar os pressupostos do constitucionalismo moderno com a progressivamente complexa dinâmica operacional da sociedade. Sob a perspectiva sistêmica, o processo de

²⁰⁵ DWORKIN, 2002, p. 231. Também nesse sentido a afirmação de p. 285: “A Constituição funde questões jurídicas e morais, fazendo com que a validade de uma lei dependa da resposta a problemas morais [...]”.

²⁰⁶ LUHMANN, 1983, p. 57.

²⁰⁷ HESSE, 1991.

²⁰⁸ CANOTILHO, 2012, p. 27-28.

constitucionalização assume relevância superior àquele proposto pelo liberalismo clássico, não se limitando a afirmar os pressupostos jurídicos para controle do governo, mas também assumindo a qualidade de mediadora de conflitos sistêmicos.²⁰⁹

b) A Constituição como acoplamento estrutural entre direito e política

Novos caminhos apresentam, invariavelmente, novos desafios.²¹⁰ Esta é a condição do constitucionalismo na modernidade. Ele representa uma alteração paradigmática em termos de organização social e, exatamente por esta razão, suas ambições normativas vieram acompanhadas de problemáticas que ainda não conseguimos superar – ou nem ao menos compreender. Segundo nossa descrição, o Estado moderno se constitui sob o primado da diferenciação funcional e na pretensão de que os sistemas político e jurídico não necessitem de elementos externos para se legitimar. Esta ambição traz consigo uma dificuldade. É que, por um lado, a modernidade está diretamente vinculada à diferenciação funcional de seus sistemas²¹¹; por outro, a relação legalidade/poder-político, valorosa conquista do constitucionalismo, implica em criar relações de interdependência entre os sistemas.²¹² Assim, a tentativa de controlar o governo por intermédio do direito – com a correspondente resposta da política sobre o sistema jurídico – implica, em última análise, no desafio de afirmar a diferenciação dos sistemas político e legal.²¹³ Neste contexto, a angústia central do Estado moderno passa a ser gerir as oposições entre esses dois sistemas, sem recair numa relação de hierarquia, típica à pré-modernidade.²¹⁴ E diante desta provocação os clássicos entendimentos do direito constitucional moderno parecem insuficientes.²¹⁵

Essas afirmações sobrepõem as questões conhecidas do debate geral a respeito de ‘direito e política’, se os dois são ‘essencialmente’ diferentes por um lado; se ambos são a mesma coisa por outro; ou se o direito, enquanto sistema de ação ‘mutuamente referido’, não haveria de ser contido ‘pela’ política, restando-lhe uma autonomia relativa.²¹⁶

Surge, então, a proposta luhmanniana dos acoplamentos estruturais. Este modelo estabelece uma tentativa de pacificar a complexidade de interpenetrações sistêmicas por

²⁰⁹ NEVES, 2013b, p. 65

²¹⁰ TEUBNER, 2012, p. 1.

²¹¹ LUHMANN, 2009, p. 66.

²¹² NEVES, 2013a, p. 35.

²¹³ MÜLLER, 2014, p. 30. KING; THORNHILL, 2003, p. 44.

²¹⁴ LUHMANN, 2002, p. 293-295.

²¹⁵ CANOTILHO, 2012, p. 27-28.

²¹⁶ MÜLLER, 2014, p. 28.

intermédio de um canal de comunicação aberto ao ambiente. Aliás, este é um dos grandes méritos da teoria autopoietica. Ela não tenta contornar ou negar os efeitos de outras áreas sobre o direito. Trata-se de gerenciá-los, com o objetivo de adequar o sistema jurídico às complexas demandas da realidade moderna. Os acoplamentos estruturais são, em apertada síntese, mediadores das relações sistêmicas. Eles facilitam os câmbios de informações²¹⁷, uma vez que, “com seu duplo efeito de inclusão e exclusão”²¹⁸ [tradução nossa], fomentam as possibilidades de heterorreferência e, ao mesmo tempo, preparam as possibilidades de contingências.²¹⁹ Daí Luhmann argumentar que os acoplamentos estruturais constituem uma *forma-de-dois-lados*²²⁰, pois, em um mesmo elemento, temos, em um lado, a linha de diferença entre os sistemas acoplados e, em outro, o gerenciamento das irritações que um sistema provoca ao outro.²²¹ Trata-se, pois, de um “mecanismo de interpenetração permanente e concentrada entre dois sistemas sociais autônomos”²²², que fortalece os instrumentos e estruturas de ambos os sistemas e suas possibilidades comunicacionais.²²³

Neste nível, Luhmann destaca, especificamente, a relação entre direito e política.²²⁴ Segundo o professor de Bielefeld, “quando as sociedades modernas distinguem os sistemas político e legal, relacionando-os com diferentes funções e ao mesmo tempo tornando possível alterações no direito por intermédio de decisões políticas, a ordem legal deve ofertar garantias suficientes à tomada de decisões politicamente coerentes. Deve produzir-se, então, uma nova classe de autorreflexão política”²²⁵ [tradução nossa] e jurídica. Esta nova reflexão é o acoplamento estrutural entre os sistemas. Nesta leitura, a Constituição apresenta-se como um mecanismo de interpenetrações entre dois sistemas distintos e operativamente fechados,²²⁶ uma vez que possibilita uma via de prestações recíprocas, na medida em que facilita a comunicação entre os sistemas, permitindo a legitimação política do direito e

²¹⁷ LUHMANN, 2009, p. 316.

²¹⁸ Ibid, p. 318

²¹⁹ Ibid, p. 318

²²⁰ LUHMANN, 2002, p. 316. NEVES, 2012, p. 98. BRONZE, 1994, p. 288.

²²¹ LUHMANN, 2002, p. 316.

²²² NEVES, 2012, p. 97

²²³ LUHMANN, 2002, p. 315-316. NEVES, 2012, p. 97-98. NEVES, 2013a, p. 37. É preciso diferenciar os acoplamentos estruturais dos operativos. Os acoplamentos estruturais são vias duradouras de prestações recíprocas, que permitem ao sistema pressupor determinadas irritações e respostas do ambiente, confiando estruturalmente em operações do ambiente. Os acoplamentos operativos, por outro lado, caracterizam-se pela brevidade de suas operações, ocorrendo “exclusivamente em intervalos de eventos” [tradução nossa] (LUHMANN, 2002, p. 316) específicos.

²²⁴ LUHMANN, 2002, p. 323-324; 337-ss, em especial 338.

²²⁵ LUHMANN, 1998, p. 83.

²²⁶ NEVES, 2013b, p. 65-66.

jurídica da política.²²⁷ Dessa maneira, a Constituição desempenha funções imprescindíveis a ambos os sistemas. Sob a perspectiva do ordenamento jurídico, ela é o elemento que garante a autopoiese do sistema, possibilitando fechamento operacional, abertura cognitiva²²⁸ e diferenciação funcional, na medida em que as normas constitucionais fornecem critérios de aplicação ao binômio *lícito/ilícito*, traçando uma linha de diferença entre a conotação jurídica e o significado político da Constituição.²²⁹ Sob a perspectiva política, a Constituição desempenha o papel que o constitucionalismo moderno lhe atribuiu. Ela é o limite jurídico ao poder político. É o fundamento de legitimidade ao exercício do poder. Daí que, em razão do acoplamento estrutural, a política assume o código *lícito/ilícito* como segundo critério de validade.²³⁰ Dessa forma, as ações políticas não podem ser restritas ao binômio *poder/não-poder*, pois para serem legítimas, aos olhos da Constituição, devem também obedecer aos limites impostos pela legalidade. Há, pois, por intermédio da Constituição, uma relação de dupla-contingência entre política e direito, uma vez que *alter* depende de *ego*, ao mesmo tempo que em busca contê-lo – sendo a recíproca igualmente verdadeira.²³¹

Através da Constituição como acoplamento estrutural, as ingerências da política no direito não mediatizadas por mecanismos especificamente jurídicos são excluídas, e vice-versa. Configura-se um vínculo intersistêmico horizontal, típico ao Estado de Direito. A autonomia operacional de ambos os sistemas é condição e resultado da própria existência desse acoplamento. Porém, por meio dele, cresce imensamente a possibilidade de influência recíproca e condensam-se as “chances de aprendizado” (capacidade cognitiva) para os sistemas participantes. Destarte, a Constituição serve à interpenetração (e mesmo à interferência) de dois sistemas auto-referenciais, o que implica, simultaneamente, relações recíprocas de dependência e independência, que, por sua vez, só se tornam possíveis com base na formação auto-referencial de cada um dos sistemas.²³²

Neste cenário, a Constituição legitima um controle jurídico sobre decisões políticas, na exata medida em que a política procura conformar a edição de diplomas legais a seus critérios. “Resumindo, podemos dizer que a Constituição fundamenta soluções políticas para o problema da autorreferência do direito e soluções jurídicas para o problema a autorreferência política” [tradução nossa].²³³ Ela possibilita o reingresso da diferença

²²⁷ LUHMANN, 2002, p. 344. NEVES, 2013b, p. 66.

²²⁸ NEVES, 2013b, p. 65-66.

²²⁹ Já exploramos esta temática quando tratávamos da autopoiese do sistema jurídico. Evitando repetições, não parece que seja pertinente retomar o assunto.

²³⁰ NEVES, 2013a, p. 89; 101-106; 160-162. KING; THORNHILL, 2003, p. 44-45.

²³¹ NEVES, 2014, p. 9-11; 126.

²³² NEVES, 2013a, p. 98-99.

²³³ LUHMANN, 2002, p. 344. Também nesse sentido NEVES, 2013b, p. 65.

heterorreferencial, orientando-se politicamente/juridicamente, mas, sempre, com vinculação ao seu respectivo critério identificador.²³⁴ Em termos mais exatos, podemos dizer que o sistema jurídico se orienta politicamente na absorção do dissenso contéudisco, permitindo a formação de novas expectativas normativas, e o sistema político submete-se ao controle jurídico, assumindo o binômio *lícito/ilícito* como fundamentação de legitimidade do poder do Estado moderno. Dessa maneira, há legitimação política do direito, pois o sistema legal se converte a critérios políticos (democracia), em sua dimensão de adequação social; em contrapartida, há legitimação legal da política por intermédio do princípio da legalidade (ou, em sentido mais amplo, através da *rule of law*), em vista da adoção de critérios de racionalidade jurídica em procedimentos políticos (eleições, atividade parlamentar, atuação administrativa, etc.).²³⁵ Eis uma aliança em que se fundamenta o Estado Democrático de Direito. Ela permite o controle jurídico sobre a política, com a contrapartida de que o sistema legal se oriente através da política. Em resumo,

Os conteúdos atribuídos à ordem jurídica, os quais ela há de realizar, de estabelecer e manter não têm sido decididos e realizados 'juridicamente', mas 'politicamente', isto é, com os meios da luta política. Esses conteúdos atualmente normativos, mas novamente modificáveis 'politicamente', ficam sujeitos à disposição política; no entanto, permanecem por ora determinantes para o 'sistema de ação', a ordem jurídica, que é especificamente formalizado e dependente de força vinculativa crescente.²³⁶

Daí a formação de canais comunicacionais entre os sistemas legal e político. Estes mecanismos de interpenetração formam-se destacadamente nas prestações recíprocas em que cada sistema coloca sua racionalidade a disposição do outro.²³⁷ Em termos empíricos, tais hipóteses manifestam-se, sobretudo, com a instituição de direitos fundamentais, regulamentação jurídica do procedimento eleitoral e separação das funções estatais.

A institucionalização de direitos fundamentais impede a politização do direito, na medida em que, independentemente da política, o direito garante a contingência de expectativas normativas de um ambiente pluralista.²³⁸ É que os direitos fundamentais se prestam a retirar determinadas matérias do âmbito deliberativo, afirmando, assim, a autonomia e a validade de premissas jurídica independentemente de condições políticas e suas eventuais pretensões expansionistas. Uma interdependência e um paralelismo entre

²³⁴ NEVES, 2013b, p. 67-68. NEVES, 2012, p. 98-99.

²³⁵ NEVES, 2013a, p. 57. LUHMANN, 2002, p. 344. NEVES, 2013b, p. 64.

²³⁶ MÜLLER, 2014, p. 29.

²³⁷ NEVES, 2013a, p. 37.

²³⁸ NEVES, 2013b, p. 75.

direito e política. No caso dos direitos fundamentais, eles são institucionalizados por manifestação política, mas uma vez positivados passam a impor limites à própria atividade política. Nessa hipótese, há uma restrição jurídica sobre a política (direitos fundamentais) e uma determinação política sobre o direito (procedimento legislativo que absorve o dissenso conteudístico).

A regulamentação jurídica do processo eleitoral representa, por sua vez, a conversão da política à legalidade.²³⁹ Neste contexto, as normas jurídicas instituem e regulamentam o processo político-eleitoral, garantindo a legitimidade jurídica do poder²⁴⁰ (dominação legal-racional de Weber²⁴¹) e a solidificando o binômio *lícito/ilícito* como segundo código da política no Estado Democrático de Direito. Assim, a prestação se manifesta na medida em que as normas legais, referentes ao procedimento eleitoral (sufrágio universal, igual, secreto, contagem de votos, etc.), têm por função imunizar as eleições de outros fatores que não pertinentes à atividade eleitoral (papel social e renda dos eleitores, etc.) e afirmar a autonomia do sistema político através da democracia.²⁴² Por outro lado, reconhecida a legitimidade legal das eleições e dos detentores de mandatos, as opções políticas por eles adotadas passam a ter impactos sobre o sistema legal. Neste cenário, direito e política atingem sua adequação por intermédio do acoplamento constitucional, na medida em que um sistema legitima socialmente o outro.

Por fim, a divisão das funções estatais delimita a área de atuação da política e do direito, especificando quais operações e decisões serão elaboradas com fundamento no código de cada um dos sistemas.²⁴³ “Nessa perspectiva, a introdução de procedimentos funcionalmente diferenciados (legislativo, judiciário e político-administrativo), mediante a institucionalização da ‘divisão de poderes’, aumenta a capacidade dos sistemas político e jurídico de responder às exigências do seu respectivo ambiente, repleto de expectativas as mais diversas e entre si contraditórias”²⁴⁴. Em termos práticos, significa dizer que, em regra, as comunicações do Poder Judiciário devem ser pautadas no código jurídico, enquanto as atividades legiferantes desenvolvem-se, primordialmente, sob critérios políticos. Nesse

²³⁹ Ibid, p. 79

²⁴⁰ LUHMANN, 2002, p. 344-345.

²⁴¹ LUHMANN, 1980, p. 30-32. NEVES, 2012, p. 157. HABERMAS, 2014, p. 32; 43.

²⁴² NEVES, 2013b, p. 79.

²⁴³ Ibid, p. 80-82. Neste contexto, pressupõe-se também a diferença entre Estado e Administração Pública.

²⁴⁴ Ibid, p. 81.

contexto, a corrupção da divisão de poderes pode implicar em politização do judiciário ou judicialização da política, na medida em que o sistema político pode corromper o código legal, em decisões judiciais fundamentadas sob perspectivas políticas, ou o direito pode impor alopoiese à política, invertendo premissas democráticas e estabelecendo políticas por intermédio de tribunais.²⁴⁵ Em ambas as hipóteses há uma deformação da atividade estatal, que é orientada por critérios desvirtuados da atividade proposta pelo paradigma de divisão funcional. A perspectiva da divisão das funções é, portanto, a maneira de garantir que cada uma das funções estatais se oriente adequadamente a suas premissas funcionais na reprodução do Estado Democrático de Direito.

Em resumo, estas interpenetrações servem para legitimar socialmente os sistemas político e jurídico. Entretanto, elas sugerem um desafio. Como dissemos, a teoria autopoietica parte da premissa de que a sociedade é composta por subsistemas operativamente fechados em suas comunicações,²⁴⁶ razão pela qual direito e política, obrigatoriamente, deveriam ser diferenciados, mesmo sob a perspectiva do ambiente.²⁴⁷ Porém, no caso do acoplamento estrutural, a autorreflexão de um dos sistemas é afetada pela disfuncionalidade do outro,²⁴⁸ o que implica no desafio de reafirmar a diferenciação funcional e a capacidade autopoietica dos sistemas acoplados.²⁴⁹ Dessa maneira, devemos entender que “no modelo da teoria dos sistemas, a Constituição, embora acoplamento estrutural entre política e direito, é concebida por cada um dos sistemas como mecanismo interno de autorreprodução”²⁵⁰. Desta perspectiva, não se deve interpretar o acoplamento estrutural como uma via irrestrita de prestações sistêmicas, sob pena de ameaçar a clausura operativa dos sistemas. Antes, é imperioso que cada sistema produza instituições e mecanismos para controlar a mediação de seus critérios específicos, garantido os pressupostos de sua autopoiese nas condições de compatibilidade com outros sistemas.²⁵¹ No caso do acoplamento entre direito e política, o sistema legal busca criar limites às influências políticas, por intermédio de cláusulas pétreas, direitos fundamentais e aplicação

²⁴⁵ NEVES, 2013a, p. 76.

²⁴⁶ LUHMANN, 1998, p. 101.

²⁴⁷ LUHMANN, 2002, p. 291; 319-320.

²⁴⁸ LUHMANN, 1998, p. 83.

²⁴⁹ LUHMANN, 2002, p. 325.

²⁵⁰ NEVES, 2012, p. 99

²⁵¹ LUHMANN, 1998, p. 101. NEVES, 2012, p. 98-99.

do princípio da legalidade estrita;²⁵² por outro lado, a política procura manter sua racionalidade atrelada a acordos de poder, sem infração do código *lícito/ilícito*.

É evidente que essa relação não é absolutamente harmoniosa. A todo momento um sistema tenta impor seus critérios e preferenciais, mas isto não obsta o acoplamento estrutural. Ao contrário, é da essência dele essa via de provocações e irritações recíprocas. O que a Constituição faz é, exatamente, mediatizar e gerenciar as possibilidades de ressonância de um sistema sob o outro, impedindo uma relação catastrófica em que um sistema pretende *destruir* o outro. Ao fim e ao cabo, entendido o acoplamento estrutural, pode-se concluir que se, por um lado, as normas jurídicas estão nesta condição em razão de opções políticas; por outro, a norma jurídica ambiciona determinar as diretrizes do subsistema político, em resposta contrafactual à sua relação com o subsistema político.²⁵³ Daí a razão porque o acoplamento estrutural não indica à alopoiese, corrupção ou desdiferenciação sistêmica, mas antes pode fundamentar a heterorreferência legítima enquanto consequência da abertura cognitiva, permitindo a adequação social dos sistemas. Ou seja, “o mecanismo do acoplamento estrutural é responsável pela integridade do direito, e, obviamente, também dos demais subsistemas sociais”²⁵⁴. Assim sendo, procura-se acabar com o problema da diferenciação funcional dos sistemas jurídico e político, sem implicar no abandono de suas relações de interpenetração.²⁵⁵

c) A Constituição como acoplamento estrutural e critério de razão transversal entre direito e economia

A modernidade apresenta grandes desafios aos constitucionalistas contemporâneos.²⁵⁶ O ideal de organização social proposto pelo constitucionalismo pressupõe inúmeras condicionantes e, nos últimos anos, alguns desses alicerces têm se mostrado fragilizados no contexto da sociedade global.²⁵⁷ A verdade é que, embora o constitucionalismo tenha triunfado em significativa parte do mundo, o modelo fundamentado numa aliança entre direito e política tem demonstrado estar em crise e,

²⁵² NEVES, 2012, p. 103. NEVES, 2013a, p. 60.

²⁵³ MÜLLER, 2014, p. 29.

²⁵⁴ VILLAS BÔAS FILHO; GONÇALVES, 2013, p. 139.

²⁵⁵ NEVES, 2013b, p. 64-67.

²⁵⁶ TEUBNER, 2012, p. 1.

²⁵⁷ NEVES, 2012, p. 215-ss.

porventura, perto de tornar-se apenas uma aporia científica²⁵⁸. Neste contexto, as barreiras à concretização das ambições constitucionais se expressam sobretudo em dois flancos. Por um lado, a hipertrofia do sistema econômico na sociedade global. Por outro, a fortificação de movimentos fundamentalistas, contrários aos postulados humanistas nutridos pelo constitucionalismo.²⁵⁹ Embora ambas as esferas imponham obstáculos à realização das ambições constitucionais, há uma diferença substancial nos desafios impostos por cada uma delas. A problemática econômica representa um bloqueio funcional que pressupõe o projeto constitucional contemporâneo. A formação de movimentos fundamentalistas significa uma tentativa de derrubar a própria ideia de Estado de Direito. Em outras palavras, o conflito econômico ainda pode ser inserido no paradigma do Estado Democrático de Direito, em oposição ao fundamentalismo anti-iluminista, que é, em sua essência, contrário às ambições humanistas defendidas pelo constitucionalismo. Trata-se de um problema interno e um externo. Ou, por assim dizer, um problema do constitucionalismo e um problema *contra* o constitucionalismo.

Interessamo-nos, neste momento, pela problemática econômica, pois, assim como ela, pressupomos o modelo constitucionalista como ambiente de reprodução do direito na sociedade moderna. O tema não chega a ser uma novidade. Não são raras as situações em que as ‘leis do mercado’ parecem corroer normas alheias a eles.²⁶⁰ Também não são poucas as críticas a essa tendência de expansão do sistema econômico.²⁶¹ Por esta razão, o estudo da economia, há muito, não se restringe apenas a fenômenos puramente monetários.²⁶² Os economistas contemporâneos pretendem interpretar diversos aspectos da vida sobre a ótica econômica, explicando comportamentos afetivos, decisões políticas, custos sociais e até mesmo o sistema jurídico e a justiça.²⁶³ Estas situações sugerem a necessidade de uma reflexão sobre filosofia moral no sentido mais amplo da expressão. “A ideia de que a economia é uma ciência livre e independente de qualquer valoração da moral e da filosofia política sempre foi questionável. Mas a desmedida ambição da economia hoje em dia torna particularmente difícil defender essa posição”²⁶⁴. A questão é determinar a que medida as

²⁵⁸ CANOTILHO, 2012, p. 28.

²⁵⁹ TEUBNER, 2012, p. 12. NEVES, 2012, p. 215. PORTUGAL, 2015.

²⁶⁰ SANDEL, 2012b, p. 90.

²⁶¹ NEVES, 2012, p. 218-221. HINKELAMMERT, 1988, p. 62-82. SANDEL, 2012b. DUSSEL, 2012.

²⁶² SANDEL, 2012b, p. 85.

²⁶³ HINKELAMMERT, 1988, p. 87.

²⁶⁴ SANDEL, 2012b, p. 88.

influências dos mercados podem impactar nosso modo de viver, quais são os bens que gostaríamos de ressaltar de sua influência e a que limite é legítima essa expansão do sistema econômico em face do direito.²⁶⁵ Em última análise, trata-se de determinar qual será a resposta do sistema jurídico em relação a alterações estruturais na organização social.

Neste contexto, a problemática da hipertrofia do sistema econômico está, fundamentalmente, vinculada a divergências entre os pressupostos da sociedade mundial contemporânea e do constitucionalismo. É que o projeto constitucional não pode ser separado de incontáveis premissas, dentre as quais destacam-se a necessidade de efetiva capacidade regulamentadora do Estado e da aliança jurídico-político. Entretanto, tais pressuposições mostram-se fragilizadas no cenário de relações globais.²⁶⁶ Em grande parte, isso se deve ao fato de que progressivamente, desde a ascensão da burguesia, o código *ter/não-ter*, típico à economia e desvinculado do Estado, começou a apresentar uma tendência hipertrófica. A revolução industrial e as expedições colonizadoras foram grandes impulsos iniciais, mas, por muitas razões, os poderes político e jurídico continuavam a controlar decisivamente a operacionalidade do sistema econômico. Este panorama sofre significativa alteração com a globalização. Ela permite que o código *ter/não-ter* desenvolva-se para além das fronteiras do Estado impondo um grande desafio do constitucionalismo contemporâneo.²⁶⁷ Enquanto o direito e a política se mantêm alinhados com o Estado nacional, encontrando limites em suas fronteiras, o código econômico opera livremente, tendo prevalência em sua reprodução em face à sociedade mundial. Daí se argumentar que, hoje, o sistema econômico tem, implicitamente, a tendência de colonizar o mundo da vida²⁶⁸. Isso não significa que o capitalismo seja inimigo do sistema legal ou da democracia. Mas implica em reconhecer que a expansão do sistema econômico, que passa a ter prevalência na condução do agir humano, seja em escala nacional ou internacional, é responsável por criar um desafio à concretização e reprodução do Estado Democrático de Direito. E isto é uma angústia ao direito e à política que, desde sua união, estavam acostumados ‘comandar’ a racionalidade estatal.²⁶⁹ Neste paradigma, as provocações do sistema econômico em face

²⁶⁵ SANDEL, 2012b, p. 12-20.

²⁶⁶ NEVES, 2013a, p. 97.

²⁶⁷ NEVES, 2012, p. 218.

²⁶⁸ Numa muito apertada síntese – que corre o risco de ser demasiadamente simplista – pode-se dizer que este é o equivalente habermasiano ao conceito de corrupção sistêmica generalizada ou alopoiese na obra de Luhmann.

²⁶⁹ HINKELMAMMERT, 1988, p. 86-88.

ao modelo constitucional radicam na necessidade de encontrar maneiras de compatibilizar a operacionalidade dos sistemas jurídico e político à dinâmica hodierna, mormente em razão da formação de uma sociedade mundial, alavancada pela globalização. Nesse sentido, é a valiosa observação de Marcelo Neves:

O problema da sociedade mundial como condicionamento negativo do Estado Democrático de Direito reside no fato de que se trata de uma sociedade que se reproduz primeiramente com base no código econômico. O código “ter/não-ter” configura-se como o mais forte e, por reproduzir-se regulamente além de fronteiras, torna o sistema econômico relativamente “intocável” pelos Estados enquanto sistemas jurídico-políticos diferenciados segmentariamente em territórios. Mas esse problema só se agravou no fluxo das tendências mais recentes de economização no plano da sociedade mundial, ou seja, por força de uma expansão hipertrófica do código econômico (“globalização econômica”) em detrimento da autonomia dos sistemas político e jurídico. A dificuldade de impor decisões políticas e aplicar normas jurídicas às relações e organizações econômicas transnacionais resulta em limites à realização do Estado Democrático de Direito. O código binário “lícito/ilícito” e também o código “poder/não-poder” apresentam-se frágeis para enfrentar a ação restritiva ou destrutiva dos interesses econômicos sobre os sistemas jurídicos delimitados territorialmente em Estados. Não se trata simplesmente de autopoiese da econômica em face da política e do direito, antes de hipertrofia do código econômico em prejuízo dos códigos jurídico e político.²⁷⁰

Em resumo, o constitucionalismo está alicerçado em um modelo de organização social específico – pressupondo, entre outras características, uma aliança entre direito e política e a capacidade regulamentadora do Estado – que começa a apresentar sérias dificuldades funcionais, especialmente, em razão da hipertrofia do sistema econômico. O problema que se coloca é a maneira de lidar com a hipertrofia do sistema econômico sem ofender seus pressupostos de autodeterminação e o modelo de planificação hierárquica da sociedade moderna. Neste contexto, Habermas observa a expansão do sistema econômico expondo um paradoxo da modernidade. Se deixamos os sistemas operarem livremente, a hipertrofia econômica ameaça a operacionalidade dos demais sistemas, acabando com a premissa de fechamento operacional e isonomia sistêmica. Mas se elegemos um sistema como regulamentador de contingências igualmente ofendemos a premissa de isonomia sistêmica. Eis a questão:

Será que a racionalização do mundo da vida não se torna paradoxal quando da passagem para a sociedade moderna? O mundo da vida racionalizado possibilita o surgimento e o crescimento de certos subsistemas, cujos imperativos, ao se tornarem autônomos, ricocheteiam de modo destrutivo sobre o próprio mundo da vida!²⁷¹

²⁷⁰ NEVES, 2012, p. 218-219.

²⁷¹ HABERMAS, 2012a, p. 336.

Neste cenário, há duas hipóteses claramente distintas, mas que, aparentemente, regressam a idêntica problemática paradoxal²⁷²: (i) deixar os sistemas em um ambiente livre, apostando na autorregulamentação do ambiente de relações sistêmica – uma espécie de *mão-invisível-das-relações-sistêmicas*²⁷³; ou (ii) atribuir a um ou mais sistemas a função de regulamentar o ambiente de relações sistêmicas, ‘legitimando’ que determinados critérios de racionalidade possam influir sobre outros na tentativa de impedir que as comunicações sistêmicas sejam convertidas em favor de sobreposição de racionalidades. Eis, então, o paradoxo que se coloca como problemática fundamental do constitucionalismo moderno²⁷⁴: deixar que os sistemas operem livremente, sem regulamentação externa, permite que se instaure um ambiente de corrupção sistêmica, que rompe com as premissas de fechamento operacional e isonomia sistêmica, em que se fundamenta a modernidade; por outro lado, atribuir a algum sistema uma posição privilegiada de regulamentar as relações sistêmicas, inibindo a corrupção sistêmica e proibindo a hipertrofia de qualquer sistema, significa, igualmente, ofender as premissas de clausura operativa e planificação social, retomando a estruturação *superior/inferior* que pretendíamos inicialmente combater.

Visto o paradoxo, a problemática parece, a princípio, sem solução. Entretanto, uma releitura do conceito de acoplamento estrutural permite resolver essa aporia. Os acoplamentos estruturais têm por essência criar canais comunicais entre sistemas, permitindo interpenetrações sistêmicas em que um sistema coloca sua racionalidade ao dispor de outro. Tais impactos não são restritos às relações de imbricação. Eles possibilitam também um relacionamento diferenciado entre os sistemas acoplados. O que permite controlar as tendências de expansão através da criação de mecanismos que intermediem as relações sistêmicas. Assim, vincular duas racionalidades específicas permite um controle múltiplo sobre as tendências expansionistas de ambos os sistemas. Portanto, abre-se uma solução ao problema da alopoiese, na medida em que se possibilita uma resposta à tendência hipertrófica sem recorrer a um agente externo com a função de regulamentar o ambiente de interpenetrações sistêmicas, dado que o controle sobre a contingência sistêmica encontraria limites diante do acoplamento estrutural, que como dito, é uma *forma-de-dois-lados*, pois ao mesmo tempo pertence e ‘*não pertence*’ ao sistema. Trabalhamos com hipótese similar na

²⁷² LUHMANN, 1988, p. 155. SANTOS NETO; SCHWARTZ, 2008, p. 189.

²⁷³ Ibid, p. 154.

²⁷⁴ TEUBNER, 2012, p. 12.

relação entre direito e política. Na questão não éramos confrontados por uma crise externa, por assim dizer. Mas a pretensão de solução é idêntica, a criação de mecanismos sistêmicos, que, com efeito de inclusão e exclusão, consigam garantir a contingência e adequação recíproca da ambos os sistemas.

Diante desse cenário, o direito deve reagir à hipertrofia do código econômico por intermédio de novos canais de comunicação sistêmica. Não se trata de uma resposta contra a economia. A expansividade econômica não é necessariamente prejudicial. E, mais importante, é um fenômeno que está ocorrendo, quer o sistema jurídico esteja alinhado ou não. Ou seja, “não é um problema passível de solução ou superação, mas sim de um tratamento adequado, para que não leve a uma hipertrofia disfuncional e paralisante do Estado, com implicações destrutivas da esfera pública pluralista”²⁷⁵. Assim, não podendo negar a realidade, o direito deve procurar canais de comunicação com o sistema econômico, na busca de uma dialética que crie mecanismos de racionalidade entre ambos os sistemas. Não se trata de impedir a economia, mas antes abrir canais de comunicação para que seja possível não apenas a manutenção do Estado Democrático de Direito, enquanto pretensão normativa e funcional da modernidade, mas também preservar a inexistência de hierarquia sistêmica na sociedade moderna. Daí a necessidade de que a Constituição realize, também, um acoplamento estrutural entre direito e economia. Neste contexto, o acoplamento estrutural entre direito e economia – e, também, aquele realizado entre política e economia, que se manifesta sobretudo no regime fiscal de receitas e despesas do Estado,²⁷⁶ com consequências no mercado econômico, sob a perspectiva de políticas públicas e atividades de fomento – é a resposta constitucional às crescentes ingerências do código econômico sobre o mundo da vida. Essa reação dos sistemas que servem de alicerce ao constitucionalismo moderno tem por objetivo último garantir o equilíbrio operacional em que se fundamenta a sociedade moderna. É importante que se diga novamente, não se trata de bloquear ou restringir a operacionalidade do sistema econômico, mas garantir sua adequação social e sua contingência.

Esta perspectiva que destacamos é, em certa medida, deslocada do entendimento proposto por Niklas Luhmann. O professor de Bielefeld não nega a tendência hipertrófica do sistema econômico em tempos contemporâneos, tampouco opõe-se à necessidade de

²⁷⁵ NEVES, 2012, p. 234.

²⁷⁶ NEVES, 2013a, p. 36.

acoplamento estrutural entre direito e economia – ou economia e política. Contudo, argumenta que o mecanismo de interpenetrações entre os sistemas econômico e legal não se afirma através da Constituição, mas sim por intermédio de contratos e do direito de propriedade.²⁷⁷ Nesse sentido, o modelo luhmanniano parece insuficiente, na medida em que, restringindo o acoplamento a nível hierarquicamente inferior no sistema legal (normas infraconstitucionais), não possibilita uma resposta compatível à complexidade que o problema da expansão do sistema econômico impõe. É que no caso de normas infraconstitucionais já há uma complexidade pré-ordenada, anteriormente processada pelo sistema jurídico, que impede a formação de um vínculo que atinja em larga escala as possibilidades comunicacionais que o problema da alopoiese reclama. Em outras palavras, afirmar o acoplamento estrutural entre direito e economia apenas por intermédio de mecanismos infraconstitucionais de direito privado não atinge o ponto central da problemática da hipertrofia do sistema econômico em relação ao ordenamento jurídico, pois tais instrumentos estão, sob a lógica jurídica, subordinados a hierarquia constitucional do sistema legal, e, dessa maneira, são condicionados por diretrizes que não conseguem alterar. Nesse cenário, não haveria um canal de comunicação que garantisse implicâncias recíprocas em nível de determinação e organização dos sistemas, razão pela qual não se poderia afirmar um controle contingencial das complexidades envolvidas em perspectivas estruturais.

Neste contexto, a proposta do constitucionalismo transversal, de Marcelo Neves, parece-nos mais interessante e adequada à sociedade mundial hodierna.²⁷⁸ Trata-se de uma

²⁷⁷ LUHMANN, 2002, p. 324; 326-327; 334.

²⁷⁸ Também neste contexto pode ser colocada a tese do constitucionalismo societal, de Gunther Teubner (TEUBNER, 2012). Teubner parte também da teoria autopoiética para constatar os problemas do constitucionalismo contemporâneo (p. 1-5). Sua ideia é, em síntese apertada, desenvolver padrões de um constitucionalismo para além da esfera estatal. Segundo seus postulados a “constitucionalização não é restrita às organizações de direito internacional público” [tradução nossa] (p. 55), mas uma rede normativa (p. 158-162) composta por diversos *fragmentos* que se espalham por diversas áreas da vida (p. 51- 54). Sua pretensão é, basicamente, construir um modelo de constitucionalismo entre vários aspectos legais – como, por exemplo, a *lex mercatoria* ou a *lex sportiva* – que atuam para além e, em certa medida, independentemente das esferas políticas dos Estados nacionais, desvinculando-se assim de tradições específicas (p. 162-166). “Nesse processo, o significado da Constituição como acoplamento estrutural entre política e direito ter-se-ia diminuído. Teubner parte do diagnóstico de Luhmann, segundo o qual não há correspondência do acoplamento estrutural entre política e direito por meio da Constituição no nível da sociedade mundial, mas desenvolve seu argumento em outra direção, considerando a perda de importância da política no plano global” (NEVES, 2013a, p. 190-109). Nesta perspectiva, a viabilidade prática do constitucionalismo societal é colocada em dúvida, em razão da pequena valoração do papel do Estado nacional no contexto do global. Embora seja inegável a diminuição da capacidade política de gerenciar conflitos e interesses, principalmente em nível internacional, acreditamos que o Estado é ainda, em que pese suas fragilidades, o principal ator no contexto internacional. Daí que a aposta em um modelo de constitucionalismo desvinculado da aliança jurídico-política do Estado moderno parece de difícil concretização no contexto atual do cenário global. Além disso, nos termos do constitucionalismo

releitura do modelo sistêmico, com fundamento no conceito de razão transversal de Wolfgang Welsch.²⁷⁹ A constituição transversal tem a ambição de ser um *plus* em relação aos acoplamentos estruturais,²⁸⁰ dado que “a racionalidade transversal importa, então, em um grau de aprendizado e intercâmbio entre”²⁸¹ os sistemas legal, político e econômico. Segundo Marcelo Neves, a Constituição transversal significa uma “instância da relação recíproca e duradoura de aprendizado e intercâmbio de experiências com as racionalidades particulares já processadas, respectivamente, na política e no direito”²⁸². A argumentação parte de premissa de que o conceito de razão transversal é mais adequado à complexidade moderna, pois ao contrário dos acoplamentos estruturais em que “fica excluída a possibilidade de que, reciprocamente, a ‘complexidade preordenada’ e a própria racionalidade processada por um dos sistemas sejam postas à disposição do outro, tornando-se acessíveis a este enquanto sistema receptor”²⁸³, a racionalidade transversal permite a reciprocidade comunicacional entre dois sistemas autônomos, por intermédio de “entrelaçamentos que servem como ‘pontes de transição’ entre [sistemas] heterogêneos”²⁸⁴. Em outras palavras: a racionalidade transversal pressupõe acoplamentos estruturais, mas implica num *plus* em relação a eles, uma vez que permite não apenas a formação de diversos canais de comunicação concomitantes, mas também interpenetrações recíprocas sob as perspectivas de ambas as racionalidades sistêmicas.

Neste cenário, seria possível a formação de inúmeros *acoplamentos estruturais*, na forma de racionalidades transversais, através da Constituição. Tal paradigma permitiria que o sistema jurídico reagisse à hipertrofia econômica – ou, porventura, de outro subsistema que apresente pretensões expansionistas, como, por exemplo, as comunicações midiáticas²⁸⁵ – sem confrontar-se com a problemática da isonomia sistêmica. Além disso, seria possibilitado, também, que o sistema legal construísse uma rede de canais de comunicação

societal, “o conceito de Constituição é semanticamente ampliado de maneira significativa, tendo em vista que ele se estende a vínculos entre a racionalidade orientada pelo princípio da igualdade e as racionalidades de sistemas mundiais que *independem da democracia* em sua reprodução” (NEVES, 2013a, p. 109, destaque original). Tal característica pode implicar numa crise de legitimidade, dado que *povo constitucional*, mecanismo que fecha o sistema político e legitima a coerção legal, perde sua participação no processo de reprodução e criação da ‘*constituição*’.

²⁷⁹ NEVES, 2013a, p. 37-51.

²⁸⁰ *Ibid*, p. 38.

²⁸¹ NEVES, 2013a, p. 50.

²⁸² *Ibid*, p. 62.

²⁸³ *Ibid*, p. 37-38.

²⁸⁴ *Ibid*, p. 39.

²⁸⁵ *Ibid*, p. 47.

que possuísse implicações diante de todo o sistema social (ambiente), não atingindo apenas o sistema jurídico ou o subsistema do direito contratual e proprietário, como propõem Luhmann. Tal perspectiva não implicaria, contudo, em hierarquia sistêmica, dado que a racionalidade seria refletida internamente pelos sistemas envolvidos nos diálogos de racionalidade. Assim, o entendimento que se propugna, através de Marcelo Neves, parece ser adequado tanto às demandas da sociedade moderna, dada a contenção da pretensão expansionista do sistema econômico e a manutenção da isonomia sistêmica, quanto às exigências de contingência e coerência interna do sistema jurídico, que, em contrapartida, exige uma resposta à hipertrofia do código *ter/não-ter*. Todavia, conforme adverte Marcelo Neves, “a Constituição do Estado moderno como promotora de racionalidade transversal específica entre a racionalidade particular do direito e da política só se desenvolveu de maneira significativa em regiões muito limitadas do globo terrestre”²⁸⁶, nomeadamente países de modernidade central²⁸⁷. E tal perspectiva estaria sendo cada vez mais questionada, em razão da tendência de ‘periferização do centro’, fomentada pela expansão desenfreada de tendências que conflitam com o paradigma do constitucionalismo. Aos constitucionalistas contemporâneos incumbe a missão de nutrir, em termos teóricos e práticos, as pretensões do constitucionalismo transversal, impedindo que o “direito do ocidente desenvolvido transforme-se ou deforme-se em constituições simbólicas”²⁸⁸

²⁸⁶ NEVES, 2013a, p. 82.

²⁸⁷ NEVES, 2013a, p. 82. NEVES, 2012, p. 226-236.

²⁸⁸ NEVES, 2013a, p. 82.

IV. DECISÃO JURÍDICA E HETERORREFERÊNCIA

A tentativa de compreensão e dominação do Outro é um problema que está presente virtualmente em toda linguagem,²⁸⁹ pois “a relação entre o Mesmo e o Outro nem sempre se reduz ao conhecimento do Outro pelo Mesmo, nem sequer à *revelação* do Outro ao Mesmo”.²⁹⁰ Em linguagem da teoria dos sistemas, isso implica em reconhecer a dificuldade de compreender o ambiente social de interpenetrações sistêmicas e determinar o nível de legitimidade das relações heterorreferenciais. Se é verdade que o Outro procura compreender o Mesmo, mas não consegue fazê-lo em absoluto, pois o Outro é uma ideia infinita e transcendente que o Mesmo não consegue captar,²⁹¹ então os limites de interpenetração sistêmica são, necessariamente, limitados em razão da capacidade cognitiva dos sistemas envolvidos nas relações heterorreferenciais. Em termos concretos, isso significa que a relação entre o sistema legal e qualquer outro sempre terá limites na capacidade de racionalidade jurídica, que tem como premissa o código *lícito/ilícito*. Daí que, em uma perspectiva heterorreferencial, o direito pode compreender a economia e a política, por exemplo, porém sua compreensão jamais atingirá o nível de complexidade exigido à autopoiese dos sistemas econômico e político, respectivamente. Sendo, no caso, a recíproca igualmente verdadeira. Este breve panorama nos faz refletir, então, sobre as possibilidades heterorreferenciais do sistema legal, pois, seja sob a ótica social, em que os sistemas *duelam* para estabelecer a primazia de seu código, seja sob a perspectiva sistêmica, em que o juiz e o legislador possuem uma relação de dupla contingência, a dinâmica de interpenetrações sistêmicas expõe problemáticas envolvendo relações heterorreferenciais e, possivelmente, alopoiéticas. Em última análise, trata-se de ponderar se o paradigma do julgamento por equidade, marco fundamental do Estado Democrático de Direito, é garantido na validade autopoietica do sistema legal ou na necessidade de justiça e adequação social do direito. Tal questionamento implica em alguns desafios, sobretudo em problemas de contingência legal (o que pode servir para fundamentar uma decisão?), vinculação judicial (afinal, quem vigia os vigias?) e legitimidade heterorreferencial (qual o limite das instâncias formais de interpretação?²⁹²).

²⁸⁹ LEVINAS, 2014, p. 62.

²⁹⁰ Ibid, p. 14.

²⁹¹ Ibid, p. 25; 35-40.

²⁹² HÄBERLE, 1997, p. 12; 20-21.

IV.I. HETERORREFERÊNCIA POLÍTICA E DECISÃO JURÍDICA – OS LIMITES DO JULGAMENTO POLÍTICO NOS TRIBUNAIS CONSTITUCIONAIS

Os juízes podem tomar decisões políticas? É legítimo que opiniões políticas influenciem um julgamento? Os tribunais podem fundamentar suas decisões em argumentos, critérios ou princípios políticos?

a) Ronald Dworkin e os princípios políticos

Ronald Dworkin tenta escapar desta problemática argumentando que “o debate negligencia uma distinção importante entre dois tipos de argumentos políticos dos quais os juízes podem valer-se ao tomar suas decisões”²⁹³.

É a distinção (que tentei explicar e defender alhures) entre argumentos de princípio político, que recorrem aos direitos políticos de cidadãos individuais, e argumentos de procedimento político, que exigem que uma decisão particular promova alguma concepção do bem-estar geral ou do interesse público. A visão correta, creio, é a de que os juízes se baseiam e devam basear seus julgamentos de casos controvertidos em argumentos de princípio político, mas não em argumentos de procedimento político.²⁹⁴

Segundo o professor de Oxford, “um juiz que decide baseando-se em fundamentos políticos, não está decidindo com base em fundamentos de política partidária. Não decide a favor da interpretação buscada pelos sindicatos porque é (ou foi) um membro do Partido Trabalhista, por exemplo. Mas os princípios políticos em que acredita, como, por exemplo, a crença de que a igualdade é um objetivo político importante, podem ser mais característicos

²⁹³ DWORKIN, 2005, p. 6.

²⁹⁴ Idem. Neste contexto, Dworkin busca promover uma interessante distinção quanto a maneira com que argumentos políticos influem em decisões judiciais, diferenciando duas espécies: princípios políticos e procedimentos políticos. Os procedimentos indicam a opções políticas. Seleções politicamente orientadas sobre a promoção de atividades estatais. Os princípios políticos apontam a fundamentos morais que podem ecoar no sistema jurídico. A distinção é proveitosa. A maioria das pessoas opõem-se veementemente à atuação partidária dos magistrados, mas não considera problemático que os juízes utilizem de princípios político-morais para julgar. Além disso, a diferenciação de fundamentos e procedimentos políticos permite elidir a problemática de judicialização da política, separando casos em que os juízes determinam políticas públicas e hipóteses em que eles argumentam segundo princípios políticos. A comunidade é, em regra, relutante em admitir a “intervenção proativa do judiciário na concretização do orçamento público e, portanto, nas atribuições do executivo” (TAVARES ROMAGNOLI, 2011, p. 130), mas não parece ser tão enfática em termos de argumentações morais. A posição de Dworkin não se distancia tanto daquilo que povoa o imaginário popular, embora, à primeira vista, possa parecer contrária. São legítimos apenas os fundamentos políticos que buscam alicerces em princípios político-morais, uma vez que, em seu pensamento, os direitos dos cidadãos não se resumem ao texto legal, haja vista um substrato de direitos morais que devem guiar o julgador. (DWORKIN, 2005, p. 13-16).

de um partido que de outros”²⁹⁵. Sob esta alegação, Dworkin procura distinguir duas concepções de política. A primeira, regularmente mencionada no contexto cotidiano, refere-se ao sistema eleitoral e à atividade de representação da comunidade. É a política partidária. A política profissional, no exercício de cargos públicos e disputas democráticas. A política em sentido amplo. A segunda, restrita ao ambiente acadêmico, relaciona-se com ideais filosóficos, morais e econômicos, aproximando-se de teorias da justiça.²⁹⁶ É a política em sentido estrito. Exposta em concepções sobre ideais de vida boa, valorização de garantias e liberdades, direitos de minorias e outros temas. Teorias que buscam determinar diretrizes sobre o que cada comunidade deveria almejar e como deveria distribuir seus bens e tratar as diferenças. Em seu argumento, Dworkin procura evidenciar que trata de política no segundo significado. A política representando um nível abstrato de princípios morais²⁹⁷.²⁹⁸ Sua visão é, portanto, mais restrita do que pode parecer à primeira vista,²⁹⁹ dado que, deliberadamente,

²⁹⁵ DWORKIN, 2005, p. 3-4.

²⁹⁶ Aristóteles, Rousseau, Bentham, Mill, Marx, Adam Smith, Rawls, Sandel, entre outros, são, neste sentido, teóricos políticos da justiça. Formulam teorias políticas da justiça.

²⁹⁷ Dworkin desenvolveu parte de sua teoria em resposta ao “positivismo moderado” de Hart, seu antecessor na cadeira de Oxford. O positivismo hartiano gravita em torno de duas categorias normativas fundamentais: regras jurídicas e regras de reconhecimento (HART, 2001, p. 92-109, em especial 104-105). Dworkin reage aos postulados hartianos argumentando, entre outras críticas, que o sistema jurídico não é constituído apenas por regras, mas também por princípios (DWORKIN, 2002, p. 35-36). Este é um conceito fundamental. Sua caracterização pode ser didaticamente dividida em dois pontos: (i) diferenciar princípios e regras; e (ii) conceituar princípios. A diferenciação é um pouco mais simples. Segundo Dworkin, trata-se de uma diferença “de natureza lógica” (Ibid, p. 39). Princípios não estão sujeitos à lógica do *tudo-ou-nada* como as regras (Ibid, p. 39-40). Sua separação não é binária na distinção *regra-exceção* ou sob o silogismo *se-então*, (DWORKIN, 2002, p. 43. NEVES, 2014, p. 53) mas por intermédio da “dimensão do peso ou importância” (DWORKIN, 2002, p. 42). A caracterização apresenta maiores desafios. Em Dworkin, princípio é “um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão de moralidade”. (Ibid, p. 36). O ponto fundamental é que os princípios dworkinianos, embora pertencentes ao sistema jurídico, encontram sua matriz no sistema moral. Contudo, os postulados não pretendem regressar a fundamentos jusnaturalistas, à crença de uma verdade atemporal absoluta ou mandamentos universais. “Em Dworkin, os princípios jurídicos apoiam-se na moralidade de uma *determinada comunidade política* e surgem e transformam-se no *processo histórico*” (NEVES, 2014, p. 55. Itálico original). A questão central é, então, investigar os pressupostos morais e as premissas de unidade moral da comunidade política. Cf. DWORKIN, 2002, p. 23-125. DWORKIN, 1967. NEVES, 2014, 51-55. GUEDES, 2012, p. 385-390.

²⁹⁸ Somando-se as distinções entre princípios e procedimentos políticos, o conceito dworkiniano pressupõe uma diferença entre *princípios* e *polices*. *Polices* são “padrões que estabelecem objetivos a serem alcançados, geralmente melhoras econômicas, políticas ou sociais para a comunidade (ainda que alguns objetivos sejam negativos, nesses casos o objetivo é proteger mudanças indesejáveis).” [tradução nossa] (DWORKIN, 1967, p. 23). Os princípios independem dessas circunstâncias, uma vez que exigências morais. Cf. DWORKIN, 2002, p. 36; 129. DWORKIN, 1967, p. 22-23. GUEDES, p. 386.

²⁹⁹ “O aspecto normativo sustenta que seria errado os juízes decidirem ações civis com base em fundamentos de política” (DWORKIN, 2005, p. 112). São válidos apenas argumentos de princípio político-moral e, embora as consequências sociais devam ser consideradas, os “argumentos de política puros” (Idem) devem ser preteridos, senão afastados. Ou seja, argumentos políticos são válidos, argumentos *de* política não.

exclui convicções partidárias e posturas ativistas, assumindo apenas concepções de moralidade política.

Segundo Dworkin, “num caso controverso,³⁰⁰ [o juiz deve] estruturar algum princípio que, para ele, capta, no nível adequado de abstração, os direitos morais das partes que são pertinentes às questões levantadas pelo caso. Mas ele não pode aplicar tal princípio a menos que este, como princípio, seja compatível com a legislação, no seguinte sentido: o princípio não deve estar em conflito com os outros princípios que devem ser pressupostos para justificar a regra que está aplicando ou com qualquer parte considerável das outras regras”³⁰¹. Ao juiz seria confiada a missão de interpretar a moral social e estruturar um princípio político-moral que seja compatível com a legislação. O professor de Oxford empenha-se em demonstrar que este exercício não é uma atividade discricionária³⁰², argumentando que o ‘nível adequado de abstração’ não aponta às convicções políticas do julgador, mas à ‘moral histórica e culturalmente compartilhada pela sociedade’.³⁰³ Assim, “um juiz que aceita esse limite e cujas convicções são marxistas, anarquistas, ou tiradas de alguma tradição religiosa excêntrica, não pode impor essas convicções à comunidade com o título de direito, por mais nobres e iluminadas que acredite que seja, pois elas não podem prestar à interpretação geral coerente de que ele [o juiz] necessita”³⁰⁴. A assunção deste paradigma implica em afirmar que a decisão se concentraria em dois momentos, ambos não discricionários. Primeiramente, haveria uma fase de interpretação da moral socialmente compartilhada, em que o julgador deveria estruturar um princípio que reconhecesse os

³⁰⁰ NEVES, 2014, p. 56.

³⁰¹ DWORKIN, 2005, p. 15. Em outras palavras, o julgador deve ascender ao “nível adequado de abstração”, formular um princípio político-moral, que não contradiga uma regra legal, e reconduzi-lo ao sistema legal para fundamentar sua decisão.

³⁰² Em resposta à teoria discricionária, Dworkin alega que “mesmo quando nenhuma regra regular o caso, uma das partes pode, ainda assim, ter o direito de ganhar a causa” (DWORKIN, 2002, p. 127), pois “o juiz continua tendo o dever, mesmo nos casos difíceis, de descobrir quais são os direitos das partes, e não de inventar novos direitos retroativamente” (DWORKIN, 2002, p. 127). O raciocínio implicitamente afirma que “os princípios servem para cobrir o espaço da discricionariedade, que no modelo ‘positivista’ de regras, o juiz disporia para decidir” (NEVES, 2014, p. 56). Cf. DWORKIN, 2002, p. 132; 135-139. DWORKIN, 2005, p. 15-16.

³⁰³ DWORKIN, 2005, p. IX, 16-17; 32-ss. A ideia de moral socialmente compartilhada e possibilidade de *parcialidade* deste exercício serão colocadas em questão a seguir. Gostaríamos, entretanto, de, em certa medida, adiantar a problemática e chamar atenção para um pequeno detalhe, que pode passar despercebido. Quando Dworkin refere-se à captação de princípios morais no nível adequado de abstração, ele, inevitavelmente, menciona as concepções individuais do julgador (DWORKIN, 2005, p. 4; 15). Obviamente, ele não está individualizando a pessoa do juiz, mas a dúvida é exatamente essa: será possível o magistrado separar suas próprias concepções morais do exame do nível adequado de abstração?

³⁰⁴ Ibid, p. IX.

direitos morais das partes; posteriormente, haveria a recondução do princípio moral, sem que houvesse conflito entre ele e as normas do sistema jurídico.

Tal perspectiva implica na necessidade de afirmar o nível cardeal de compatibilidade entre os princípios e as normas jurídicas, e o desafio é particularmente significativo, dado que, segundo a teoria dworkiniana, todos os princípios de moralidade são também princípios jurídicos.³⁰⁵ Assim, embora reconheça a validade de princípios morais, Dworkin não pretende, *a priori*, desvalorizar as normas jurídicas. Em sua visão, “o texto jurídico é *relevante* para essa questão final”³⁰⁶, e, por essa razão, ele procura demonstrar que as possibilidades políticas são restritas a princípios morais que não conflitem com o texto legal, sendo necessária integridade e coerência entre os princípios e as leis.³⁰⁷ Portanto, segundo o jusfilósofo estadunidense, “um juiz [...] não deve decidir um caso controverso recorrendo a qualquer princípio que seja incompatível com o repertório legal de sua jurisdição. Mas, ainda assim, deve decidir muitos casos com base em fundamentos políticos, pois, nesses casos, os princípios morais [...], são cada um deles, compatíveis com a legislação”³⁰⁸.

Portanto, pode-se dizer que, no modelo de Dworkin, os princípios jurídicos têm origem em princípios de moralidade política (ou em práticas moralmente assentadas dos juízes e profissionais do direito), mas eles devem passar por um tipo de teste de consistência ou coerência constitucional, para que não se dissipem no meio de conflitos existentes na moralidade comunitária. Não se trata de uma indução ou incorporação imediata à prática dos juízes e tribunais, mas sim de um processo de ‘descoberta’ e de controle de consistência constitucional. Mas, no contexto da teoria de Dworkin, não cabe falar de fronteira clara entre moral e direito, pois a noção de princípio serve, a rigor, para enfraquecer ou mesmo diluir essa fronteira.³⁰⁹

Em resumo, segundo a teoria de Dworkin, a prestação jurisdicional, ao menos em *casos controversos*, é mais uma questão de princípios políticos e menos uma questão de normas jurídicas³¹⁰, porque, muito embora a legislação tenha a prerrogativa de derrubar um princípio moral construído no nível adequado de abstração, não seria possível negar que “os argumentos de princípio justificam uma decisão política”³¹¹ dos magistrados.

³⁰⁵ DWORKIN, 2002, p. 527.

³⁰⁶ DWORKIN, 2005, p. 14. Itálico original.

³⁰⁷ DWORKIN, 2002, p. 139. DWORKIN, 2005, p. 15-16. NEVES, 2014, p. 55.

³⁰⁸ DWORKIN, 2005, p. 16.

³⁰⁹ NEVES, 2014, p. 55.

³¹⁰ DWORKIN, 2005, p. 113.

³¹¹ DWORKIN, 2002, p. 129.

É aqui que se iniciam as objeções. Sem dúvida, a tese dworkiniana é genial e revolucionária, mas, a despeito disso, parece suscetível a algumas críticas, sobretudo por problemas de factibilidade, contingência jurídica e democrática. Sob estas três objeções, levantaremos argumentos que nos parecem significativamente sensíveis para abalar os postulados levantados pelo professor de Oxford. Eles estão intimamente interligados, mas, objetivando facilitar a compreensão, vamos cindi-los, sob a titulação de críticas empíricas, jurídicas e democráticas.

A objeção empírica é o mais famoso e mais debatido dos problemas. São questionamentos de factibilidade. Afinal, existe uma única ‘moral socialmente compartilhada’? Se existe, quem consegue aferi-la? Conseguindo, é possível interpretá-la sem reproduzir suas próprias compreensões? Em resposta a estes questionamentos, outrora promovidos por Joseph Raz,³¹² Dworkin argumenta que, mesmo em uma sociedade complexa e plural, é possível identificar alguns princípios morais que sejam socialmente compartilhados, sem que para isso sejamos parciais. Um simples trecho resume sua ideia.

Raz está certo ao pressupor que muito poucas dentre grandes comunidades compartilham um código coerente de crenças morais, mas interpreta erroneamente os juízes que invocam a moralidade, a quem acusa de distinguir uma ficção. Ele deixa igualmente de distinguir entre dois conceitos de padrão moral de uma comunidade. A expressão pode referir-se a uma crença consensual a propósito de um teste específico, o mesmo que pode ser extraído de uma pesquisa de opinião do Instituto Gallup. Ou pode referir-se a princípios morais que servem de base para as instituições e leis da comunidade, no sentido de que tais princípios poderiam figurar em uma teoria do direito bem fundada [...]. Saber se um princípio é ou não um princípio da comunidade nesse sentido é matéria para argumentação e não para relatórios, embora o que está habitualmente em discussão é peso do princípio e não seu *status*. Os juízes criticados por Raz empregam o conceito no segundo sentido, ainda que às vezes o façam utilizando uma linguagem compatível com o primeiro sentido.³¹³

O argumento de Dworkin pressupõe duas condições controversas. Em primeiro lugar, supõe que exista, ainda hoje, em uma sociedade plural e complexa, um conjunto de valores, crenças e pensamentos histórico e culturalmente determinados que permita argumentar a existência de uma *moral socialmente compartilhada*.³¹⁴ Em segundo lugar, pressupõe que seria possível saber o que integra – e o que não integra – esse nível de moral comunitária e que, reconhecendo os elementos, seria viável captar princípios comunitários sem influência de nossas próprias concepções políticas. É provável que a maior parte das

³¹² RAZ, 1972.

³¹³ DWORKIN, 2002, p. 125.

³¹⁴ DWORKIN, 2005, p. 15.

peças não concorde com essas premissas, haja vista a dificuldade de vislumbrar um código moral compartilhado. Em resposta, Dworkin lança um argumento ainda mais radical. Um alicerce que pretende sustentar sua pressuposição de moral socialmente compartilhada. Afirma que “existem alguns fatos, além dos fatos concretos”³¹⁵ e, assim, pretende demonstrar que “uma determinada instituição social, como a escravidão, pode ser injusta, não porque as pessoas pensam que é injusta, ou qualquer coisa do tipo, mas porque é injusta”.³¹⁶ Ou seja, é injusta porque injusta; porque é imoral. Sem maiores justificações. Neste contexto, seria demasiado caracterizá-lo como jusnaturalista, embora, *a priori*, não se possa “negar a presença de elementos de um jusnaturalismo racional”³¹⁷ em sua obra. Seu objetivo não é demonstrar a existência de fatos morais platônicos, atemporais ou transcendentais, mas indicar que “há verdades objetivas sobre valor”³¹⁸ em determinada comunidade. Isto é, verdades morais não transcendentais, mas condicionadas histórica e culturalmente pela sociedade. Assim, em respeito à sua coerência, algo que lhe é tão caro, Dworkin se vê coagido a assumir premissas ainda mais radicais, e, à medida em que radicaliza seu argumento, as objeções já levantadas se agravam. A questão, que outrora se resumia a possibilidade de moral compartilhada, é agora alçada ao nível de apurar a veracidade das alegações de fatos morais, aprofundando ainda mais o antagonismo daqueles que já seriam céticos aos postulados iniciais. Mas, embora as premissas se agravem, os impactos de ambos os questionamentos são semelhantes, pois, em última análise, trata-se de saber qual seria a melhor maneira de descrever a moral da sociedade moderna, uma vez que o contraste paradigmático entre a perspectiva de complexidade e a tentativa de um ideal de moralidade comunitária é evidente. Seria a modernidade caracterizada pela unidade de princípios morais que fundamentam suas leis e instituições?³¹⁹ Ou seria ela caracterizada pela pluralidade de expectativas conflitantes e dissenso material contornado por consensos procedimentais?³²⁰ Acreditamos que a segunda perspectiva é mais coerente com a dinâmica

³¹⁵ Ibid, p. 206.

³¹⁶ Ibid, p. 205-206.

³¹⁷ “Isso não exclui a presença de elementos de um jusnaturalismo racional *a priori* na obra de Dworkin” (NEVES, 2014, p. 54). O jusnaturalismo clássico constrói-se sob ideias de verdades atemporais absolutas, não raras vezes vinculadas a uma instituição transcendental de inspiração divina. Dworkin não propõe um retorno a este modelo. Suas premissas de verdades morais são demarcadas pelo contexto da afirmação. Daí a racionalidade. As verdades não são transcendentais, mas determinadas por condições histórico-culturais da comunidade. Cf. NEVES, 2014, p. 54-55, em especial nota 48. AARNIO, 1991, p. 217.

³¹⁸ DWORKIN, 2014, p. 7.

³¹⁹ DWORKIN, 2002, p. 125.

³²⁰ NEVES, 2012, p. 136; 156.

da sociedade moderna. Neste contexto, as alegações dworkinianas parecem desprovidas de comprovação empírica e não há razões convincentes para crer que uma sociedade complexa e plural fundamente-se em uma única concepção moral socialmente compartilhada.³²¹ No cenário hodierno, os pontos de observação são tantos que se torna difícil acreditar que todos compreenderiam questões morais de maneira compartilhável.³²² É compreensível – até presumível – que determinações históricas e culturais restrinjam o âmbito de debate sobre a hipotética moral compartilhada. Contudo, não parece que este contexto seja suficiente para vincular aquele que ascende ao ‘nível adequado de abstração’ proposto pelo professor de Oxford.

Além disso, Dworkin não apresenta um argumento concreto para determinar o que integra esse misterioso plano de moralidade comunitária. Ao contrário, ele lança mão de um personagem imaginário, “um jurista de capacidade, sabedoria, paciência e sagacidade sobre-humanas”³²³, a quem chama de Hércules³²⁴. A questão é que Hércules representa uma impossibilidade empírica.³²⁵ A ficção dworkiniana possibilita uma interpretação da moral comunitária em termos abstratos, mas não se concretiza ao plano factível, uma vez que não

³²¹ AARNIO, 1991, p. 217. Embora as alegações de Dworkin demandem reflexões de filosofia moral, no sentido mais abstrato da expressão, não parecem existir boas razões para supor que elas sejam verdadeiras. Sendo a sociedade moderna caracterizada por sua supercomplexidade, dissenso, diferentes perspectivas de observação e pluralidade de expectativas cognitivas não parece que a experiência cotidiana possa fundamentar a tese de que haveriam verdades sobre valor.

³²² NEVES, 2014, p. 59-60. “A própria noção de comunidade ou moralidade comunitária é problemática, pois o conceito de comunidade implica a partilha de valores ou representações morais comuns, sendo antes adequado às formações sociais pré-modernas. Na sociedade moderna, os pontos de observação se multiplicam cada vez mais, sendo inusitado que se possa falar de um ideal regulativo capaz de descortinar o consenso subjacente na moralidade comunitária. Antes se impõe discutir quais são os processos e estruturas normativos adequados à absorção legítima do dissenso estrutural presente na esfera pública a respeito da determinação de direitos e deveres constitucionais.”

³²³ DWORKIN, 2002, p. 165.

³²⁴ “Seu juiz, a quem chama de Hércules em razão de seu ‘poder super-humano de aprendizado, paciência e perspicácia’ não ‘impõe suas convicções sobre as convicções da sociedade’. Ao contrário, o juiz acata o fórum comunitário da moral tradicional para ser ‘capturado em toda a institucionalização do procedimento de interpretação’.” [tradução nossa] DYZENHAUS, 2007, p. 66.

³²⁵ Nos termos da *Crítica À Razão Utópica*, Franz Hinkelammert, provavelmente, argumentaria que, na verdade, não se trata de uma impossibilidade empírica, mas lógica. Se Hércules é um jurista – portanto, um humano – com ‘capacidades sobre-humanas’, então ele ou não seria um humano ou não teria capacidade sobre-humana, dado que sendo ele um humano suas capacidades, por maiores que fossem, seriam inerentes à espécie humana. Há razão neste argumento. A ideia de um humano – no caso, um jurista – com capacidade sobre-humana é ilógica em seus próprios termos. Em verdade, cuida-se de uma impossibilidade lógica. No texto contextualizamos a objeção a Hércules como empírica, pois não desejamos avançar demasiadamente em reflexões epistemológicas e, ao fundo, toda impossibilidade lógica será também, em certa medida, empiricamente infactível. Cf. HINKELAMMERT, 1988.

existem juristas com capacidades sobre-humanas.³²⁶ O recurso a Hércules é, portanto, um novo obstáculo.³²⁷ E, dessa maneira, Dworkin retorna ao seu dilema: a medida em que tenta solucionar um problema, importa em outro, ainda mais profundo.

No caso, a tentativa de comprovar a existência da moral compartilhada através de Hércules distancia Dworkin ainda mais da realidade. Embora o professor de Oxford argumente que Hércules é apenas um ideal regulativo, as premissas exibidas são demasiadamente fortes para serem desprezadas. Tal objeção não implica em identificar um problema em quaisquer ideais regulativos, mas radica em reconhecer a incapacidade humana de ser imparcial ao interpretar o ‘nível adequado de abstração da moral compartilhada’ proposto por Dworkin. Vale perguntar, seria possível abandonar nossas próprias convicções para captar apenas aquilo que a sociedade compreende como moral? Há imparcialidade na ‘moral compartilhada’?³²⁸ Quem garante que o princípio captado por Hércules – ou qualquer outro que decide em nome alheio, por intermédio do poder democrático a ele investido na condição de juiz – é adequado? Quem regulará Hércules?³²⁹ Quem pode se denominar Hércules? As perguntas permanecem sem resposta em termos factíveis. E este é um

³²⁶ NEVES, 2014, p. 59. “Quando se refere, porém, à moralidade comunitária como moralidade política pressuposta pelas leis e instituições da comunidade, ele afirma um conceito normativo, dependente do juiz Hércules. Este teria a capacidade de determinar quais os princípios de moralidade servem consistentemente de apoio às instituições e às leis, caracterizando-os como princípios jurídicos. Também a este respeito, a questão decorre de um normativismo idealista, incompatível com a forma de reprodução de uma sociedade supercomplexa e uma esfera pública pluralista, marcada pelo dissenso.”

³²⁷ Poderíamos buscar, ainda, mais um problema lógico na jurisdição de Hércules. A questão é saber o que aconteceria se existem dois juízes Hércules. Será que eles sempre chegariam a idêntica resposta? Será que identificariam sempre os mesmos princípios? Quem controlaria Hércules? Quem controlaria dois Hércules? Quem vigia o vigia? Deveria, então, haver um Hércules para Hérculeses? Veja-se: Hércules garante que pode captar princípios morais comunitários, mas não consegue fornecer nenhum indício que comprova seu argumento. Devemos tomá-lo por verdadeiro sem qualquer comprovação. E se houvesse dois Hércules e eles chegassem a conclusões contraditórias, deveríamos ter um terceiro Hércules para determinar qual deles estava certo? (AARNIO; ATIENZA; LAPORTA, 2010, p. 15-16.). Hércules é um problema em seus próprios fundamentos. Ou se toma ele por verdade absoluta, acreditando em suas capacidades, sem comprovação delas e a despeito de sua infactibilidade empírica, ou não se pode nada exigir, pois ele não pode comprovar aos *mortais*, aqueles restritos a suas capacidades humanas, que os princípios captados em grau de abstração verdadeiramente representam a moral compartilhada, dado que não alcançamos o verdadeiro teor dela.

³²⁸ Em termos empíricos, há um indicativo concreto em sentido oposto. É provavelmente apenas uma coincidência, mas que não podemos deixar de notar. Dworkin indica que o nível de abstração moral é imparcial em relação às convicções pessoais de julgador. Afirma também que a moral comunitária estadunidense é direcionada ao liberalismo político e contrária a muitos outros postulados, como, por exemplo, a maximização de riqueza como conceito ético. Ora, aquilo que Dworkin argumenta ser a concepção moral de sua comunidade é, também, o que defende em nível moral. (DUSSEL, 2012, p. 176; 181). Seria ele um privilegiado de gozar de um pensamento político e moral análogo ao de sua comunidade? Ou, será que aquilo que projeta como ideal comunitário é aquilo que ele mesmo vislumbra? Como dissemos, pode ser apenas uma coincidência, mas não podemos deixar de questionar a imparcialidade desse exercício, haja vista a falta de controle sobre o que integra e como se interpreta o nível de abstração da moral comunitária.

³²⁹ NEVES, 2014, p. 59.

problema grave. Mesmo considerando Hércules como um ideal, não há como afirmar controle sobre as decisões e nisso há graves consequências democráticas. A medida em que Hércules escapa do plano jurídico em direção à moral perdemos o controle sobre suas decisões e interpretações, pois o recurso à moral rompe as barreiras de contingência do sistema jurídico e suprime nossos indicativos normativos de *accountability*. Ao final, tudo isso implica em problemas ainda mais graves do que simplesmente a impossibilidade fática do modelo dworkiniano, pois, mesmo em plano idealizado, surgem dúvidas quanto a transcendência entre o projeto e a imperfeição humana.

Neste contexto, a objeção jurídica é mais delicada ainda. Ela expõe questões de contingência sistêmica na concretização interpretativa das normas legais.³³⁰ Dworkin argumenta que a decisão de um caso controverso deve basear-se em princípios construídos a partir da *'moral socialmente compartilhada'* e reconduzidos ao sistema legal, sem infração de alguma outra norma jurídica. O problema desse argumento é desconsiderar que as normas jurídicas apresentam concepções políticas inerentes, já indicando critérios em *'nível de abstração'*. A perspectiva dworkiniana não parte da limitação seletiva realizada pelo sistema jurídico, mas avança diretamente ao sistema moral, rompendo as fronteiras sistêmicas, subjugando a racionalidade jurídica a critérios morais e olvidando que as normas jurídicas já possuem, em maior ou menor escala, vinculação a concepções morais.³³¹ Ao contrário do suposto pelo professor de Oxford, esse não é apenas um problema de discricionariedade, mas também – e principalmente – de contingência do sistema jurídico.³³² Em termos de contingência legal, as normas limitam o âmbito de interpretação judicial, que deve ser, sobremaneira, vinculado por intermédio dos conteúdos pré-ordenados pelas instâncias que confeccionam os diplomas legais.³³³ A norma jurídica presta-se, assim, a converter o dissenso social – manifestado em expectativas cognitivas conflitantes – em expectativas normativas, reduzindo o âmbito de debate sobre o reconhecimento jurídico de direitos e deveres, limitando às instâncias interpretativas, expondo concepções morais que são inerentes ao sistema legal e, principalmente, criando um paralelismo equitativo entre as funções de interpretativas e legiferantes.³³⁴ Aqui, a relação entre decisão, norma e

³³⁰ Ibid, p. 57-58.

³³¹ Ibid, p. 55-56.

³³² Ibid, p. 58.

³³³ MÜLLER, 2014, p. 113; 119-121.

³³⁴ NEVES, 2012, p. 146-149. NEVES, 2014, p. 126-128.

interpretação deve ser vista como um permanente paradoxo entre as instituições legiferantes e judiciais. E, nesse sentido, a possibilidade de que, em um caso controverso, o julgador ascenda ao nível adequado de abstração, em busca da formação de um princípio, anteriormente a consideração do critério normativo expresso na própria opção legislativa, ofende a premissa de fechamento operacional do sistema jurídico, na medida em que se realiza uma abertura interpretativa que antecede operações de autoapoiese sistêmica.

O problema não reside na discricionariedade, mas sim na forma seletiva de estruturação da complexidade. A produção normativa constituinte ou legiferante (em sentido amplo) importa já uma forte redução ou estruturação seletiva de expectativas normativas existentes na sociedade sobre quais são os direitos e os deveres. Essa seleção pelos procedimentos constituintes ou legislativos não esgota o processo seletivo. A interpretação dos textos constitucionais e legais e a respectiva concretização normativa perante o caso importam em uma nova seleção sobre diversas expectativas normativas e também cognitivas que se desenvolveram em torno de definir-se quais os direitos e deveres estabelecidos na Constituição e nas leis. [...]

Essa não é uma questão de discricionariedade (ou de imprecisão ou incerteza cognitiva decorrente da vagueza, ou ambiguidade de expressões) nem da única decisão correta. É precisamente um problema de como controlar a contingência mediante decisões juridicamente consistentes e complexamente adequadas à sociedade, implicando um permanente paradoxo na busca da justiça no sistema jurídico.³³⁵

Nosso primeiro argumento pode conferir a falsa impressão de que as normas estabilizam os conflitos, limitando as perspectivas interpretativas e assegurando pretensa completude ao sistema jurídico, que supostamente poderia responder a qualquer problema em seus próprios fundamentos. Uma doce ilusão. Uma esperança que foi acalentada pelo sonho positivista, mas se mostrou falaciosa em sua discricionariedade, como bem expôs Dworkin – e, em termos lógicos, Kurt Gödel³³⁶. A verdade é muito menos confortante. As normas jurídicas permanecem a fomentar possíveis conflitos de expectativas normativas.³³⁷ Elas reduzem a complexidade, em termos sociais, mas não limitam as possibilidades de conflitos de expectativas – agora normativas, mas, ainda assim, interpretativamente diversas. Infelizmente, aos que buscam exatidão lógica, o texto jamais será unívoco ao ponto de extinguir a possibilidade de interpretações conflitantes.³³⁸ É neste momento que se levanta a controvérsia. O que fazer quando não há “uma regra de direito clara”³³⁹? Qual a

³³⁵ NEVES, 2014, p. 57-58. Aprofundaremos essa questão do paradoxo da justiça em nossa conclusão.

³³⁶ GOLDSTEIN, 2009. MONK, 2000, p. 41; 49-50.

³³⁷ São questões de pluralidade e complexidade. Assim como as que tratamos no final do capítulo 1 e início do capítulo 2.

³³⁸ WITTGENSTEIN, 2008, p. 27; 32; 49; 83-84.

³³⁹ DWORKIN, 2002, p. 127

legitimidade do magistrado para regular os conteúdos heterorreferenciais que adentrarão ao sistema jurídico? E, concomitantemente, qual a maneira de garantir a importância da legislação, em contraste com o fundamento de legitimidade democrática da jurisdição?³⁴⁰

Em sua formulação, Dworkin parece afirmar um paradoxo na teoria jurídica tradicional.³⁴¹ Seria impossível manter a promessa de que os juízes não tomariam decisões políticas³⁴² e ao mesmo tempo garantir que os cidadãos têm o direito de saber o que esperar das decisões dos tribunais³⁴³. Segundo o professor de Oxford, a solução seria recorrer a teorias de moralidade política.³⁴⁴ Elas compatibilizariam a tensão entre os postulados normativos e as práticas sociais, possibilitando interpretar o direito por intermédio da moralidade convencional,³⁴⁵ e, dessa maneira, resolver a relação paradoxal entre as expectativas normativas, estabilizadas em normas jurídicas, e os princípios políticos, fundamentados na moral compartilhada. Em sua visão, o sistema legal “representa as tentativas da comunidade para captar direitos morais”³⁴⁶, sendo apenas um esforço inarticulado de absorver a moralidade comunitária. O problema é que essa teoria acaba fragilizando – ou mesmo extinguindo – as fronteiras entre direito e moral, na medida em que desconsidera a complexidade pré-ordenada do sistema legal e ofende a igualdade paradoxal entre o legislador e o juiz.³⁴⁷ Em resumo, o jusfilósofo estadunidense olvida que, quando da decisão jurisdicional, o legislador já ascendeu ao ‘nível adequado de abstração’, realizou uma filtragem das expectativas cognitivas da sociedade em termos de abstração – absorvendo politicamente o dissenso contudístico que circunscreve o consenso procedimental – e expressou este critério no programa normativo. Ou seja, aquilo que em seu argumento deve ser realizado pelas instâncias de interpretação já foi realizado anteriormente, em instâncias legiferantes.

A grande questão é reconhecer que, na teoria dworkiniana, o rompimento de contingência não ocorre exclusivamente sob o plano legislativo, mas, também, e

³⁴⁰ STRECK, 2013a, p. 303.

³⁴¹ DWORKIN, 2005, p. 38-39. DWORKIN, 2002, p. 128-129.

³⁴² DWORKIN, 2005, p. 77.

³⁴³ Ibid, p. 14.

³⁴⁴ Ibid, p. 77: “Qualquer justificativa para uma formulação e, portanto, para um entendimento do que os constituintes pretenderam, deve ser encontrada não na história, na semântica ou na análise conceitual, mas na teoria política”. Ver, ainda, DWORKIN, 2005, p. 213-214.

³⁴⁵ DWORKIN, 2002, p. 91.

³⁴⁶ DWORKIN, 2005, p. 16.

³⁴⁷ NEVES, 2014, p. 126-128.

primordialmente, oculta-se sob aspectos interpretativos. À medida em que a interpretação flexibiliza as fronteiras entre os sistemas jurídico e moral, o conceito de direito se encaminha em direção a identificar-se com a moral e, na proporção dessa variação, a interpretação pode aproximar-se, mais ainda, de conceitos morais. Sob a perspectiva interpretativa, a eclosão do ordenamento legal ocorre, especialmente, em razão da carência de critérios normativos à seleção moral sobre os conteúdos que adentrarão no sistema jurídico. Neste contexto, o problema não é, propriamente, a assunção de critérios morais em termos interpretativos, mas a explícita autorização à atuação política dos magistrados. Tal pressuposto, explicitamente defendido por Dworkin, implica em desequilibrar a relação de igualdade paradoxal entre o juiz e o legislador, na medida em que se concede permissão para que a interpretação se desvincule das normas legais, ao menos em primeiro plano (construção do princípio moral). Assim, se é verdade que a interação sistêmica direito/moral não pode se limitar ao plano legislativo,³⁴⁸ é igualmente inegável que a absorção de complexidade heterorreferencial em âmbito judicial deve ser condicionada pelos limites impostos pela atividade legislativa. É importante destacar com clareza esta ideia, uma vez que, se, por um lado, não defendemos a impossibilidade de heterorreferência em nível interpretativo, por outro, a possibilidade não implica em autorizar que as instâncias responsáveis pela interpretação, nomeadamente os tribunais, possam romper com a contingência de autopoiese sistêmica, buscando critérios em outras racionalidades antes de considerar a dimensão de justiça material exposta na própria norma jurídica.³⁴⁹ O intérprete obrigatoriamente parte da limitação realizada pelo legislador.³⁵⁰ Ele é vinculado ao critério *lícito/ilícito* e não pode orientar sua decisão sobre razões políticas, para depois reconduzir a ‘solução’, elaborada em termos heterorreferenciais, ao sistema jurídico. É neste contexto que se rompe com a integridade do sistema jurídico, em via interpretativa. Assim, embora Dworkin argumente que um princípio só poderá ser aplicado se compatível com as normas jurídicas, o problema antecede suas teses de integridade e coerência.³⁵¹ A questão não está em reconduzir o princípio, mas em admitir que as perspectivas normativas sejam analisadas *a posteriori*. Após ser formulada uma ‘resposta’ moral ao problema jurídico.

³⁴⁸ Ibid, p. 58.

³⁴⁹ Ibid, p. 126.

³⁵⁰ MÜLLER, 2014, p. 47.

³⁵¹ DWORKIN, 2005, p. IX; 15-16.

Vista a quebra de contingência sistêmica sob a perspectiva interpretativa, o rompimento em plano normativo é apenas uma consequência, pois à medida em que o direito passa a ser construído interpretativamente pelos magistrados, que superam as fronteiras normativas, a despeito da legalidade, o próprio conceito de direito altera-se no sentido de afirmar que o texto jurídico é apenas uma representação pobre e simplificada do sistema moral.³⁵² Daí que o fenômeno passa a ser causa e consequência de uma nova aproximação, agora, novamente, por via interpretativa, que reconhece no próprio direito uma ‘autorização’ para que as normas jurídicas sejam tidas *a posteriori*, uma vez que apenas esboços de um quadro moral mais elevado. Um ciclo que implica em desvalorizar o aspecto normativo do sistema legal e romper com sua integridade sistêmica, que passa a ser entendida em termos morais. Assim, assumir o pressuposto de que princípios construídos no sistema moral possam servir de alicerces a decisões jurídicas, que deveriam ser fundamentadas no código *lícito/ilícito*, implica em duas consequências. Em primeiro lugar, sob o ponto de vista de contingência sistêmica, fragilizam-se – senão eliminam-se – as fronteiras entre os sistemas jurídico e moral, não sendo possível falar em fechamento operacional e autopoiese jurídica.³⁵³ Neste contexto, a racionalidade do binômio *lícito/ilícito* é explicitamente subjugada ao código *moral/imoral*, provocando alopoiese moral do sistema jurídico, que passa a indiretamente confundir-se com a própria concepção de *moral socialmente compartilhada*.³⁵⁴ Em segundo lugar, encontramos aquilo que identificamos, anteriormente, como sendo a crítica democrática. É que a perspectiva da continência sistêmica não se limita à ‘complexidade sistema/ambiente’, mas antes implica, também, em reconhecer uma observação de segunda ordem sobre a contingência do próprio sistema em suas operações. Neste contexto, a objeção democrática pressupõe as críticas anteriores, estabelecendo alicerces no rompimento da contingência do sistema jurídico e também na inexistência de

³⁵² Ibid, p. 16.

³⁵³ Dworkin poderia opor-se ao nosso argumento alegando que suas concepções se limitam a casos difíceis, hipóteses em que não há uma norma jurídica indicando uma solução ao caso. A questão não é esta, no entanto. A objeção levantada não trata de hipotética completude do sistema jurídico ou discricionariedade interpretativa. Antes cuida da perspectiva de contingência do sistema jurídico. Neste contexto, a problemática não é o recurso à moral, mas o fato de que esse se antecipa à análise dos conteúdos de justiça expressos pelo próprio direito. O sistema jurídico já demonstra uma concepção de justiça interna. Os marcos morais e políticos já estão postos quando da decisão jurisdicional e animam uma concepção interna de justiça já demarcada pelo sistema. E a vinculação da atividade jurisdicional a esta concepção interna é fundamento imperioso do Estado Democrático de Direito, não apenas em sua dimensão de legalidade, mas também em sua demarcação democrática. Possibilitar que o julgador estruture, em um nível de abstração, um princípio, para daí – após formulado o princípio em um nível moral – o reconduzir ao direito implica em diluir as fronteiras sistêmicas do ordenamento jurídico e “legitimar” que critérios heterorreferenciais fundamentem decisões jurídicas.

³⁵⁴ NEVES, 2014, p. 55.

controle sobre as interpretações e formulações ocorridas no nível de abstração da moral comunitária.

O professor de Oxford antevê a possibilidade de uma objeção democrática e procura combatê-la antes de concluir sua tese.³⁵⁵ Segundo Dworkin, o argumento de democracia “supõe que a decisão de um legislativo eleito é a melhor maneira de decidir questões sobre os direitos que têm os cidadãos”³⁵⁶. Em oposição as essas arguições, diz que “os legisladores não estão, institucionalmente, em melhor posição que os juízes para decidir questões sobre direitos”³⁵⁷ e seria impossível determinar “quanto os cidadãos individuais perderiam, em poder político, se forem atribuídas aos tribunais algumas”³⁵⁸ decisões políticas. Ao final, conclui que “não há nenhuma razão para pensar, abstratamente, que a transferência de decisões sobre direitos, das legislaturas para os tribunais, retardará o ideal democrático da igualdade do poder político”³⁵⁹. Assim sendo, as teses lançadas por Dworkin conflitam com a estrutura democrática do sistema legal. Em termos de contingência, o sistema jurídico pressupõe uma relação de equilíbrio antagônico entre as instâncias que interpretam e as que produzem o texto legal, ou mais simplificadamente, entre o juiz e o legislador.³⁶⁰ Uma relação de *alter* e *ego*. Uma relação de dupla contingência, em que “*ego* conta com possibilidade de que a ação de *alter* seja diversa da que ele projetou – e vice-versa”³⁶¹. Neste contexto, o legislador produz normas, expressando nelas determinados ideais político-morais, mas deixa a interpretação a cargo do juiz, que pode ter outra percepção sobre o conteúdo político-moral expresso na atividade legiferante. Contudo, a relação pressupõe que a interpretação transcorra dentro dos limites expostos pelo legislador. Do contrário, não haveria dupla contingência, mas puro domínio do legislador por parte do juiz. E daí a objeção que levantamos a Dworkin, pois sua tese implica exatamente na falta de controle – ou na carência de critérios de *accountability* – à interpretação moral realizada pelo magistrado. Em última análise, a teoria dworkiniana acaba por enfraquecer completamente a atividade legislativa, rompendo com as premissas democráticas e autorizando um governo de juízes. Neste sentido, é preciso lembrar que a norma jurídica carrega consigo uma pretensão de

³⁵⁵ DWORKIN, 2005, p. 17-18; 25- 32.

³⁵⁶ *Ibid*, p. 26.

³⁵⁷ *Ibid*, p. 27.

³⁵⁸ *Ibid*, p. 30-31.

³⁵⁹ *Ibid*, p. 32.

³⁶⁰ NEVES, 2014, p. 9.

³⁶¹ *Idem*.

reduzir o âmbito de debate, vinculando o magistrado às opções políticas previamente realizadas. O caminho indicado pelo professor de Oxford desconsidera este pressuposto. Embora a tentativa de vinculação da interpretação jurídica apresente-se, muitas vezes, mais como um esforço acadêmico inarticulado do que, propriamente, como uma efetiva prática judicial, o sistema legal, em sua ambição de reduzir a complexidade por intermédio de programas normativos, apresenta menores possibilidades de discricionariedade do que o âmbito moral, no qual não há qualquer indicativo pressuposto de vinculação. Em termos morais, o magistrado é, embora condicionado histórica e culturalmente por padrões sociais, livre de normas positivas. Daí que não há efetivo critério de *accountability* senão outras pressuposições, análogas às realizadas pelo intérprete. Neste contexto, há um rompimento na relação de dupla contingência, entre o juiz e o legislador, que pressupõe, *a priori*, determinado nível de vinculação e igualdade recíproca.

Em resumo, podemos afirmar que “o julgamento político, além de se confrontar com o princípio democrático que se aplica às instituições jurídicas, fomenta a corrupção do próprio código jurídico”³⁶², na medida em que aponta a alopoiese jurídica ao pretender sobrepor critérios políticos sobre as normas legais, que já demarcam uma concepção interna de critérios políticos. Em outras palavras: a pretensão de recorrer a critérios políticos em decisões judicativas deve sempre ser mediatizada pela opção política já apresentada na norma jurídica. Só, assim, se garante a heterorreferência legítima na decisão jurídica.³⁶³

Em última análise, tudo parece apontar a um grande problema epistemológico. É válido dizer, Dworkin é absolutamente coerente em suas premissas e conclusões. O raciocínio é perfeito e a assunção de postulados é absolutamente compatível com os alicerces que o fundamentam e levam à sua formulação. A questão não é essa. É uma distinção entre observações da realidade.³⁶⁴ O jusfilósofo estadunidense acredita há uma moral socialmente compartilhada, fundamentada em verdades morais construídas pelo contexto histórico-social. E a partir dessa premissa constrói teses absolutamente coerentes com o projeto inicial. O Juiz Hércules, uma ficção que cumpre a função de ‘adequar’ a premissa de moral

³⁶² BENVINDO, 2009, p. 159.

³⁶³ NEVES, 2014, p. 224.

³⁶⁴ É interessante notar que este fenômeno por si já depõe contra Dworkin. A própria concepção de observações distintas da realidade fomenta a veracidade da tese que os pontos de observação dificultam consensos, em razão da pluralidade. Ou seja, o próprio fato de discordar da concepção de moral compartilhada é, em si, um indício – leve é verdade – contrário a essa tese.

compartilhada compreensível e aplicável ao contexto social, é o exemplo máximo dessa coerência. O problema é que as percepções parecem contestáveis em plano epistemológico, implicando em invalidar muitas das teses construídas. Assim, enfrentar as ideias de Dworkin é, acima de tudo, um desafio de compreender a realidade. Não se trata de procurar vicissitudes em seu raciocínio, mas investigar a factibilidade e adaptabilidade social de suas propostas. Em todo caso, concordando ou não com o professor de Oxford, não há como negar a importância de sua teoria e o valor de sua singular contribuição.

b) A busca de um paradigma: o paradoxo da justiça

O tópico anterior procurava examinar a resposta de Ronald Dworkin ao problema da atuação política dos juízes. Após uma breve análise, concluímos que, a parte de seu paradigma teórico, Dworkin não estava equivocado na premissa de que os magistrados devem analisar as consequências políticas e o acerto moral de suas decisões, mas sua tese não supera o desafio de conferir legitimidade legal às decisões jurídicas, uma vez que estariam, em última análise, subsidiadas por critérios supralegais. Vista a crítica, sobra-nos a missão de determinar os limites da dialética heterorreferencial entre as normas jurídicas e as diretrizes de justiça, esboçadas em ideais político-morais. Esta é a problemática que, agora, buscamos atacar.

Neste contexto, retornamos à relação de dupla contingência entre as instâncias que produzem e interpretam o texto legal. Segundo nossa descrição, as atividades legiferantes são, fundamentalmente, guiadas por critérios políticos, sob a lógica do binômio codificador *poder/não-poder*; e as instâncias formais de interpretação ³⁶⁵ são vinculadas, primordialmente, por conceitos jurídicos, seguindo o código *lícito/ilícito*. Tal descrição implica em reconhecer uma diferença na maneira com que cada uma dessas instâncias compreenderá a norma legal, pois, nos termos do construtivismo luhmanniano, o objeto é interpretado de maneiras distintas de acordo com a perspectiva do observador.³⁶⁶ Assim, sob a perspectiva das instâncias formais de interpretação, que se vinculam fundamentalmente ao critério *lícito/ilícito*, as operações do sistema legal representam sobretudo – mas não

³⁶⁵ HÄBERLE, 1997, p. 12.

³⁶⁶ RASCH, 2000, p. 33. “O que vemos, em outras palavras, não é um elefante singular descrito de várias maneiras por ‘homens cegos’, mas vários elefantes são visíveis de vários ‘lugares cegos’ (...)” [tradução nossa].

exclusivamente – um problema de contingência e autopoiese. Por outro lado, sob a perspectiva política, a norma jurídica é, antes de mais nada, a pretensão de converter o dissenso social em expectativas normativas, reduzindo a complexidade da sociedade e orientando critérios de justiça ao sistema legal. Neste paradigma, as distintas perspectivas implicam em diferentes possibilidades quanto à análise do conteúdo de justiça de determinada norma, sendo o juiz muito mais restrito do que o legislador, uma vez que ele se ocupa primeiramente com a autorreprodução do sistema legal.

A questão não é, contudo, tão simples. Tais premissas trazem consigo uma reflexão problemática, pois, na exata medida em que a teoria autopoietica pressupõe o fechamento operacional, ela, também, exige abertura cognitiva e negação da possibilidade de completude ³⁶⁷. Daí que, em termos heterorreferenciais, as instâncias formais de interpretação também devem avaliar a viabilidade política e de justiça de suas decisões, desde que isso seja filtrado nos limites do código *legal/ilegal*, que possui primazia na orientação da racionalidade judicial. A consequência, em termos práticos, é que o nível de seleção político-moral sobre os conteúdos que adentrarão ao direito não se limita ao plano legislativo, no qual é realizada uma filtragem politicamente orientada, mas supõe também, em segundo plano, a interpretação do contexto social como nível heterorreferencial do sistema jurídico. Neste paradigma, a influência política sobre o direito não se limita à criação do texto legal – em que o código *poder/não-poder* desempenha papel primordial sob a ótica das instâncias legislativas –, mas pressupõe também determinada subsidiariedade ao nível das instâncias de interpretação legal. Disso é possível retirar algumas conclusões e, principalmente, três grandes problemas. A conclusão fundamental é que para interpretar o direito não basta lançar olhares ao sistema jurídico, pois o âmbito de incidência da norma e as perspectivas heterorreferenciais influenciam diretamente no processo de conformação normativa. Esta conclusão é, porém, vista sob a ótica dos três problemas que a contrapõem. Em primeiro lugar, é preciso definir qual o limite de legitimidade das perspectivas heterorreferenciais. E, com isso, em segundo lugar, é imprescindível determinar um nível de equilíbrio na relação de *alter* e *ego* entre o juiz e o legislador. Ao horizonte destes dois desafios, surge o terceiro e principal deles. Trata-se de saber qual é a posição do conceito de justiça na teoria jurídica. A grande problemática, deste último ponto, é que, à luz da teoria

³⁶⁷ MORIN, 1991, p. 54-56; 82-84; 92. GOLDSTEIN, 2009, p. 178-199. LYOTARD, 2013, p. 78.

autopoietica, determinar o nível cardeal de compatibilidade entre os pressupostos normativos e as teorias de justiça, pode implicar em negar a premissa de fechamento operacional ou eliminar qualquer pretensão de justiça material no direito.

Segundo Luhmann, este é um problema de contingência. Uma questão de complexidades.³⁶⁸ Em sua visão, o sistema jurídico deveria compatibilizar suas operações internas e sua necessidade de adequação social, no sentido de deslocar os problemas de justiça externa à legalidade, garantindo a autopoiese sistêmica. Alguns trechos de sua obra tornam claras estas perspectivas.

Não há, [...], uma ‘ideia de direito’ sobre o direito. Igualmente, não há um conceito de ‘direito supra-legal’, para os sociólogos, em um nível especial sob as operações legais, das quais podem ser feitas observações sobre o que é e o que não é verdadeiramente direito. Antes, o direito faz estas observações ele mesmo e por si, e se isso não acontece (essa observação) então não acontece.³⁶⁹ [tradução nossa]

E ainda:

A tradicional questão sobre a justiça do direito perde todo seu efeito prático. Não pode ser adicionado um terceiro valor juntamente com lícito e ilícito, tampouco pode algo definir os programas do sistema, como se devesse existir uma lei justa juntamente como uma lei de construção, rodagem de tráfego, sucessão e direitos autorais, etc... Assim, problemas referentes à justiça do direito são tratados puramente como questões éticas, como questões sobre as fundações do direito em meio à moral. E devemos nos esforçar para achar um lugar para a ética no direito. Por outro lado, devemos ter a justiça como um princípio social, que cobre todas as áreas da vida e tem forma específica no direito.

Mas mesmo havendo uma clara dimensão ética para o imperativo moral da justiça, isso não é solução para a teoria do direito, entregando a ideia de justiça à ética como fosse, apenas para se auto-pressionar para reincorporar a ética, por seu turno. Todos nós aceitamos que normas morais se referenciem ao sistema legal e através destas referências tornam-se jurídicas, mas para demonstrar como isso ocorre deve referir-se à evidência específica do texto jurídico.³⁷⁰ [tradução nossa]

Conforme Luhmann, “isso não significa, entretanto, que o direito precisa abandonar o conceito de justiça, mas reconsiderar sua posição na teoria legal” [tradução nossa]³⁷¹. O professor de Bielefeld sugere um novo conceito, exposto sob um critério formal, denominado ‘*fórmula da contingência*’.³⁷² Esta fórmula não representa uma norma de seleção, um referente axiológico ou, tampouco, um ‘*terceiro valor*’ integrante do binômio *lícito-ilícito*.³⁷³ Ela é, apenas, uma observação de segunda ordem, projetada sob a pretensão

³⁶⁸ BRONZE, 1994, p. 305.

³⁶⁹ LUHMANN, 2009, p. 71.

³⁷⁰ Ibid. p. 212-213.

³⁷¹ Ibid. p. 213.

³⁷² Ibid. p. 214-219.

³⁷³ LUHMANN, 2009, p. 227. LUHMANN, 2002, p. 158.

de garantir que a reflexividade do sistema é adequada à sua relação com o ambiente.³⁷⁴ Seguindo esta linha, o conceito de justiça é vinculado à capacidade de gerenciamento autopoietico da complexidade por intermédio das normas jurídicas.³⁷⁵ Justiça é, portanto, um *princípio* autopoietico, que fundamenta a si mesmo, na pretensão de garantir contingência sistêmica ao nível das normas jurídicas e isonomia sistêmica em instâncias sociais.³⁷⁶ “Em uma versão mais compacta: a justiça se pode definir como consistência de tomadas de decisões”³⁷⁷ [tradução nossa] sob a forma de normas jurídicas iguais para casos iguais.³⁷⁸ Em resumo, justiça é autopoiese.

Justiça é autorreferência na forma de observação, não sob forma de operações, não sob o nível de codificação, mas sobre os programas [normativos]. Não em forma de teoria, mas em forma de normas (propensas a decepção).³⁷⁹ [tradução nossa].

Assim, embora Luhmann alegue que há “uma clara dimensão ética para o imperativo moral da justiça” [tradução nossa]³⁸⁰, sua perspectiva de justiça não pode avançar para além das premissas autopoieticas, sob pena de invalidar sua teoria. Afinal, se o sistema legal opera sob seus próprios fundamentos, não deve, então, submeter-se a critérios de validade externos, tais como pressupostos políticos e morais de justiça. Trata-se de um teste de coerência. Se Luhmann argumentasse que convicções morais, éticas, econômicas e políticas podem influir sobre programas jurídicos, então, a premissa autopoietica de fechamento operacional seria falsa, o que desconstruiria toda sua teoria.³⁸¹ Por outro lado,

³⁷⁴ LUHMANN, 2009, p. 214. LUHMANN, 2002, p. 158. CASTANHEIRA NEVES, 2010, p. 262-263.

³⁷⁵ LUHMANN, 2009, p. 214.

³⁷⁶ LUHMANN, 2002, p. 159-161. Em *Legitimidade pelo procedimento*, Luhmann argumenta que a “sociedade já não legitima seu direito por meio de verdade invariáveis existentes, mas sim apenas, ou principalmente, por meio de participação em procedimentos. [...] a legitimação pelo procedimento pode ser compreendida não como efeito de uma ou algumas causas apuráveis, mas sim como um desempenho do sistema que depende de estruturas cheias de pressupostos e que, por isso, se determina de forma muito complexa e não sem alternativas.” (LUHMANN, 1980, p. 8).

³⁷⁷ LUHMANN, 2002, p. 162.

³⁷⁸ LUHMANN, 2009, p. 227. Daí Luhmann alegar, também, que “a fundamentação do direito não está na ideia de princípios, mas na fundação do paradoxo” [tradução nossa] (idem).

³⁷⁹ Ibid, p. 214. A justiça luhmanniana permite, então, uma leitura que se aplique a todos os sistemas sociais, dado que seus preceitos (contingência e autopoiese) independem de valores axiológicos. Daí que, segundo Luhmann, a escassez é *fórmula da contingência* do sistema econômico, a limitação ao sistema científico, a capacidade de aprendizagem ao sistema educativo, e assim por diante. (LUHMANN, 2002, p. 156).

³⁸⁰ LUHMANN, 2009, p. 212.

³⁸¹ Em razão da aspiração de se esquivar de problemáticas valorativas no sistema legal, é possível traçar um paralelo entre o pensamento jurídico luhmanniano e a teoria de Hans Kelsen. Embora Luhmann rechace o positivismo científico, algumas de suas ideias lembram o pensamento do pai da Teoria Pura do Direito, em especial no que se refere à autorreprodução do direito e à prevalência de aspectos formais na determinação dos conteúdos legais. Todavia, conquanto exista certa similitude nos pensamentos, há acentuadas diferenças, que impedem uma identificação entre as obras, dada a marcante diferença no recorte epistemológico dos autores. Cf. SANTOS NETO; SCHWARTZ, 2008, p. 190-192; 204-208. KING; THORNHILL, 2003, p. 37-40.

se adotasse o posicionamento de que justiça é contingência, exposta sob forma de autopoiese e “adequação na relação entre o sistema legal e a sociedade”³⁸² [tradução nossa], o conceito de justiça “perde[ria] deliberadamente de vista os referentes de sentido axiológico”³⁸³, fundamentando-se apenas em perspectivas de contingência que são aplicáveis a quaisquer complexidades.³⁸⁴ Em nome da coerência interna de sua obra, Luhmann toma o segundo caminho, identificando os conceitos de justiça e autopoiese. Ao final, poderíamos dizer que, nos termos da fórmula de contingência, seria possível considerar que uma decisão ou norma é imoral ou errada.³⁸⁵ Todavia, tal observação seria reproduzida no sistema moral, não ecoando em plano jurídico, pois, de acordo com Luhmann, justiça não é nada senão a autorreferência que incide sobre as normas do sistema legal.³⁸⁶

Com efeito, da sua perspectiva, a ‘justiça’ não é mais do que uma ‘dobradiça’ viabilizadora de adequada articulação da ‘complexidade própria’ do direito e da ‘complexidade da realidade social’. [...] o sistema dir-se-á ‘justo’ quando aqueles dois mecanismos se encaixarem, quando a capacidade de resposta do direito se adaptar com exactidão às exigências concretas da realidade.³⁸⁷

Por óbvio, tal perspectiva implica em diversos problemas.³⁸⁸ Um deles é especialmente relevante neste trabalho. Trata-se da negativa de heterorreferência ‘material’, por assim dizer. Luhmann fornece uma resposta insatisfatória ao desafio de compatibilizar os pressupostos de justiça material – os referentes axiológicos que conferem legitimidade e sentido ao direito³⁸⁹ – e as premissas de fechamento operacional. Em consequência disso não se realiza uma análise de conteúdo quanto à justeza de uma decisão, norma ou qualquer outra operação do sistema legal, dado que as perspectivas heterorreferenciais são reduzidas apenas ao nível de complexidade sistêmica.³⁹⁰ Segundo Luhmann, seria suficiente que o nível de complexidade das normas jurídicas tivesse correspondência na dinâmica social – ou, mais especificamente, bastaria que os programas jurídicos desempenhassem a função de estabilização de expectativas normativas.³⁹¹ Tudo isso radica em um desequilíbrio na

³⁸² Ibid, p. 219.

³⁸³ BRONZE, 2010, p. 613.

³⁸⁴ LUHMANN, 2009, p. 214. LUHMANN, 2002, p. 156-157.

³⁸⁵ LUHMANN, 1980, p. 54.

³⁸⁶ BRONZE, 1994, p. 308.

³⁸⁷ BRONZE, 1994, p. 306.

³⁸⁸ BRONZE, 1994, p. 305-311; 313-319; 345-352; 359-360. BRONZE, 2010, p. 613. CASTANHEIRA NEVES, 2010, p. 256-259; 262-263. CASTANHEIRA NEVES, 1998, p. 53. CASTANHEIRA NEVES, 2012, p. 45-48.

³⁸⁹ CASTANHEIRA NEVES, 2012, p. 45-48. BRONZE, 1994, p. 294-295; 302.

³⁹⁰ LUHMANN, 2009, p. 84.

³⁹¹ LUHMANN, 2009, p. 214. LUHMANN, 2005, p. 158.

dialética heterorreferencial entre o sistema legal e ideais de justiça material, pois estes são suprimidos da equação luhmanniana, que é restrita ao plano formal. Em resumo, conforme a fórmula da contingência, sendo permitida autopoiese normativa e adequação social, em nível de complexidade (desnível sociedade – sistema), já se pode falar em justiça, uma vez que as perspectivas heterorreferenciais não pressupõe conceitos materiais, sob pena de, pretensamente, inviabilizar as premissas autopoéticas. Em razão das deficiências apontadas, gostaríamos de propor uma releitura.

Em oposição a Luhmann, o modelo autopoético permite uma releitura no sentido de afirmar a relação heterorreferencial sob um paradoxo de complexidade, algo tão caro ao professor de Bielefeld. O raciocínio se estrutura em duas direções antagônicas, de maneira que a justiça pode ser interpretada em duas dimensões distintas e incongruentes. Uma interna e outra externa. Uma autorreferente e outra heterorreferencial. Sob a perspectiva interna, a justiça seria descrita no mandamento de cumprir o direito e respeitar as normas legais. Uma premissa fundamentada no primado da autorreferência e que indica um ideal de julgamentos segundo critérios normativos de fechamento operacional. Por outro lado, numa perspectiva externa, a justiça seria definida como ‘fazer a coisa certa’, de acordo com mandamentos morais, políticos, econômicos e outros demais valores. Um paradigma heterorreferencial, representado na tentativa de adequação entre as decisões jurídicas e a sociedade, não apenas referente à complexidade, segundo a fórmula de contingência luhmanniana, mas também em respeito aos pressupostos de justiça material. Neste contexto, as perspectivas seriam, *a priori*, conflitantes, não sendo possível falar em um sistema perfeitamente justo, sob qualquer dos pontos de observação.³⁹² Daí o paradoxo.³⁹³ O sistema jurídico precisaria compatibilizar duas concepções de justiça que parecem válidas na exata medida em que contraditórias, sendo sua relação paradoxal indissociável de seu conflito imanente. A questão é contornar o conflito, permitindo que ambas as perspectivas coexistam, sem que eventual prevalência de uma implique na impossibilidade de observação da outra.³⁹⁴

Isso implica que, sem um sistema orientado primeiramente na constitucionalidade e, conseqüentemente, no princípio constitucional da legalidade, ou seja, sem ‘justiça constitucional interna, não cabe falar de racionalidade jurídica em uma sociedade complexa. Os julgamentos vão subordinar-se, então, a fatores particularistas os mais diversos, sem significado jurídico-constitucional para a orientação do comportamento e a estabilização das expectativas normativas. A

³⁹² NEVES, 2013a, p. 65.

³⁹³ NEVES, 2014, p. 223-224.

³⁹⁴ TEUBNER, 2012, p. 71.

racionalidade do direito exige, portanto, consistência constitucional. Por outro lado, a justiça como racionalidade jurídica importa a adequação social do direito. Evidentemente, essa é uma questão difícil, pois no ambiente do direito há várias pretensões de autonomia sistêmica em conflito. Uma adequação econômica do direito, por exemplo, pode ter impactos negativos na educação, no ambiente, na arte, na ciência e vice-versa. [...] A adequação social do direito, constitucionalmente amparada, não pode significar, portanto, uma resposta adequada a pretensões específicas de conteúdo particulares, mas sim a capacidade de possibilitar a convivência não destrutiva de diversos projetos e perspectivas, levando à legitimação dos procedimentos constitucionalmente estabelecidos, na medida em que estes servem para reorientar as expectativas em face do direito, sobretudo daqueles que eventualmente tenham suas pretensões rejeitadas por decisões jurídicas.³⁹⁵

Em última análise, a raiz da ‘solução’ é a norma jurídica. Este é o único elemento capaz de compatibilizar dois pressupostos contraditórios. O ideal de justiça interna é indissociável da norma jurídica. Se levarmos às últimas consequências essa pressuposição, poderíamos dizer que a justiça interna se resume à norma legal, na medida em que sendo possível reconduzir o fundamento de decisão à norma, a dimensão interna é atendida. O problema deste raciocínio coincide com o motivo de desilusão da teoria positivista. O programa normativo não consegue abarcar toda a realidade e, portanto, mesmo que se objetive, a justiça não pode se resumir às normas jurídicas.³⁹⁶ É preciso lembrar que, por *natureza*, os ideais de justiça são mais complexos e mesmo quando absorvidos politicamente pelo sistema jurídico, sob a forma de normas legais, sua complexidade transcende o plano de contingência legal. Por esta razão, sempre haverá, em toda interpretação, uma dimensão heterorreferencial. O ponto fundamental – e agora alcançamos o postulado último de nosso argumento – é que esta concepção heterorreferencial deve ser, sempre, restrita pela perspectiva interna, exposta no programa normativo. Isto é, toda heterorreferência deve, primeiramente, ser balizada por critérios normativos autopoiéticos, que inerentemente trazem consigo cargas de justiça material expostas – ou, ao menos, implícitas.

Em termos práticos, e encaminhando-se ao final do argumento, queremos dizer que não se pode negar ao julgador a possibilidade de realizar uma verificação de justiça heterorreferencial de suas decisões, dada a necessidade de adequação material e formal entre os sistemas legal e político, moral, econômico e científico, dentre outros. Contudo, tais perspectivas são restritas às fronteiras de dupla contingência entre as atividades legislativas e jurisdicionais, implicando em reconhecer limites à atividade interpretativa. Portanto, não

³⁹⁵ NEVES, 2014, p. 224-225.

³⁹⁶ STRECK, 2013b, p. 70.

estamos afirmando que o juiz não pode realizar uma interpretação que considere as concepções políticas que envolvem o caso – não podendo *ascender ao nível de abstração moral dos princípios*, para utilizarmos expressões dworkinianas. Estamos dizendo que o ambiente jurisdicional é limitado pela opção de critérios políticos já, previamente, realizada pelo legislador, e, assim, toda interpretação judicial deve ter como premissa a concepção política inerente às normas do sistema jurídico. Não pode o julgador arrogar-se na possibilidade de *refazer* esta opção já expressa, ou, ao menos, implícita, no ordenamento jurídico. Assim, não se trata de radicalmente afirmar que ao juiz não compete a interpretação heterorreferencial do direito, mas afirmar que a possibilidade do julgador ponderar a justeza da decisão é previamente condicionada pela opção política da norma jurídica. Sintetizando o raciocínio apresentado, pode-se concluir que o limite do julgamento jurisdicional político será sempre mediatizado pela norma jurídica e pela concepção interna de justiça que anima o direito, não havendo possibilidade de o julgador se desprender das já enraizadas concepções políticas presentes no ordenamento jurídico. É importante destacar, o juiz não deve racionalizar sua decisão sob a premissa ‘o que é bom?’, mas sob o fundamento de ‘o que é legal?’.

c) Argumentos políticos nos tribunais constitucionais: uma breve análise concreta

É provável que o leitor tenha se perguntado como essas ideias se manifestam em casos práticos. Algumas ligeiras ilustrações podem nos ajudar. Vamos examinar o voto e, principalmente, as alegações do Ministro Gilmar Mendes no julgamento da Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 4.650/DF, que tratava sobre o sistema de financiamento empresarial de campanhas eleitorais – caso que possui evidentes implicações políticas.³⁹⁷ A tese, que acabou vencida, mantinha a constitucionalidade do sistema de doações empresariais, sob argumentações que apresentam bons exemplos ao contexto teórico que acabamos de examinar.

O voto inicia analisando vários modelos de financiamento de campanhas eleitorais, com a pretensão de desmascarar “a impressão de que boa parte do mundo desenvolvido adota o financiamento exclusivamente público de campanhas eleitorais”³⁹⁸. Em seguida, passa ao

³⁹⁷ STF. ADI nº 4.650/DF. Voto vencido Ministro Gilmar Ferreira Mendes, p. 64.

³⁹⁸ Ibid, p. 7.

exame das relações entre Estado, partidos e sociedade, fixando acertadas premissas.³⁹⁹ Os problemas se iniciam na análise da sociedade brasileira. Neste momento, o voto se desenvolve no sentido de considerar as implicações políticas do modelo de financiamento de campanhas eleitorais e “sua argumentação se dá largamente na esfera da simples opinião”⁴⁰⁰. Mendes procura demonstrar que o Brasil alterou, por diversas vezes, seu sistema de financiamento eleitoral, ora proibindo, ora permitindo doações empresariais.⁴⁰¹ Sua ambição é fragilizar as premissas de que a proibição de doações empresariais é uma tradição brasileira e que carrega consigo um prejuízo democrático inerente.

Lançadas as dúvidas, o Ministro examina o contexto político “do *impeachment* do Presidente Collor à Operação Lava Jato”⁴⁰², expondo as transformações no sistema eleitoral e suas motivações. É importante compreender o panorama histórico e suas repercussões sobre a legislação eleitoral. Em 1992, o Presidente Fernando Collor teve seu mandato interrompido em razão de um processo de *impeachment*, “cujas razões assentam-se, em grande parte, em ilícitos relacionados ao financiamento de sua campanha eleitoral”⁴⁰³. De acordo a legislação em vigor, doações empresariais eram proibidas, mas, “ao discorrer sobre as relações escusas que estabeleceram grandes empreiteiras e parte do poder político, o relatório da CPI [*que apurava o processo de impeachment*] já mencionava as obras superfaturadas, entre outros fenômenos, que voltam a ser escancarados, atualmente, pela Operação Lava Jato”⁴⁰⁴. “Além disso, o relatório da CPI afirmava com clareza, e considerando a experiência comparada, que a legislação brasileira, ao vedar as doações de pessoas jurídicas aos partidos e campanhas eleitorais, era assaz restritiva e, portanto, irreal”⁴⁰⁵. Segundo o voto, “isso levava à conclusão de que seria hipocrisia a manutenção da vedação de recursos de empresas nas campanhas eleitorais”⁴⁰⁶. Embora a conclusão seja

³⁹⁹A premissa inicial é especialmente interessante e verdadeira. Estabelece que “[...] apesar da essencialidade dos partidos políticos para a vida democrática nesses países, eles não devem se confundir com o próprio Estado. Antes, os partidos devem estar conectados com a sociedade civil, ou com parte significativa dela, de modo a angariar apoios e representar efetivamente correntes de opinião existentes no seio dessas sociedades. Assim, pode-se dizer que os partidos devem situar-se entre o Estado e a sociedade, representando a vontade desta na formação da vontade daquele.” (ibid, p. 21).

⁴⁰⁰ MÜLLER, 2014, p. 49.

⁴⁰¹ STF. ADI nº 4.650/DF. Voto vencido Ministro Gilmar Ferreira Mendes, p. 26-27.

⁴⁰² Ibid, p. 26-27. A Operação Lava Jato é uma investigação, em fase de julgamento, que apura supostos – e, por vezes comprovados – indícios de corrupção administrativa, em nível federal, com destaque ao suposto pagamento de propinas e doações eleitorais em troca contratos e superfaturamento de obras públicas.

⁴⁰³ Ibid, p. 27.

⁴⁰⁴ Ibid, p. 27.

⁴⁰⁵ Ibid, p. 27-28.

⁴⁰⁶ Ibid, p. 28.

questionável, ela foi acompanhada pelo legislativo, que, após o impeachment, promoveu uma alteração paradigmática na legislação, passando a permitir doações de pessoas jurídicas, desde que respeitados os limites impostos no diploma legal.⁴⁰⁷ Sob este horizonte normativo se desenvolve o voto.

Uma vez estabelecido o panorama legislativo e o processo histórico que desencadeou as mudanças, a fundamentação passa a expor observações empíricas particularistas, desvinculando-se do contexto jurídico, em direção a subsídios puramente políticos. Até o momento, o voto resumia-se, basicamente, a narrar fatos históricos, sem expressar significativas premissas ou observações políticas e jurídicas, mas, posto o cenário, as teses políticas passam a ser elaboradas. Os argumentos se apresentam fundamentalmente sob o raciocínio de que “a simples exclusão das pessoas jurídicas não solucionará os problemas historicamente identificados pela Justiça Eleitoral, mormente porque, mantidas as atuais regras das disputas eleitorais, que demandam custos elevados de campanha, o número de doações poderá aumentar significativamente, ampliando, por conseguinte, o volume de material a ser apreciado pela Justiça Eleitoral em processo de prestação de contas, o que inviabilizaria, por completo, a necessária transparência que deve permear os pleitos eleitorais.”⁴⁰⁸. Ou seja, segundo o voto, haverá doações empresariais independentemente da disposição legislativa, a questão é apenas legalizá-las e regulamentá-las, ou proibi-las e impedir o efetivo controle.⁴⁰⁹ O próprio questionamento é problemático, sob a perspectiva jurídica, dado que aos juízes não cabe decidir o que é *melhor* à sociedade, mas interpretar a *licitude* de normas e comportamentos. Assim, o raciocínio se desenvolve a partir de premissa falaciosa, que é seguida e agravada por equívocos argumentativos, que, em gênese, são incompatíveis com a lógica do sistema jurídico. Seguindo alegações puramente subjetivas e baseadas em suposições sem fundamento jurídico, o argumento vai se politizando na exata medida em que as normas jurídicas deixam de ser o horizonte argumentativo, dando lugar a

⁴⁰⁷ Ibid, p. 33. “Após o impedimento do Presidente e todas as recomendações da CPI, aprovou-se a Lei 8.713, de 30.09.1993. Esta lei trouxe normas disciplinadoras da administração financeira das campanhas e regras para a instituição dos comitês partidários; estabeleceu a responsabilidade de candidatos e partidos; estipulou as formas de recebimento e movimentação de recursos pelas campanhas e limitou as doações de pessoas físicas e das pessoas jurídicas, as quais eram antes vedadas de contribuir.”

⁴⁰⁸ Ibid, p. 49. Original em negrito.

⁴⁰⁹ Ibid, p. 33. “Cerca de 20 anos depois do estouro do escândalo de corrupção envolvendo a campanha eleitoral do Presidente Collor e após todas as lições relatadas pela CPI, o Brasil vê-se às voltas com escândalo de dimensões muito maiores. Em vez de perquirir as falhas da regulamentação legislativa implementada, está-se encaminhando solução comprovadamente equivocada e ineficiente, visto que apenas busca resgatar o status quo da época do impedimento do ex-Presidente Fernando Collor”. No texto original a passagem está destacada em negrito.

critérios políticos. A corrupção do sistema jurídico se manifesta, sob a perspectiva interpretativa, na forma de prevalência de código *poder/não-poder* sobre o binômio *lícito/ilícito* e no desprezo à legalidade em oposição a um modelo político idealista. Os argumentos utilizados evidenciam que não se trata de examinar a constitucionalidade do sistema de financiamento empresarial, mas ponderar as razões políticas à autorização de tal sistemática. É a política, em detrimento do direito, sob a via interpretativa do sistema legal.

Se, daquela feita, analisamos pagamentos a parlamentares da “base aliada”, financiados por verbas de contratos de publicidade e empréstimos bancários fajutos, na Lava Jato temos quadro potencialmente mais sombrio.

A investigação revela que o patrimônio público estaria sendo saqueado pelas forças políticas. Os recursos serviriam para manter a boa vida dos mandatários, mas não apenas isso. O esquema se afigura como um verdadeiro método de governar: de um lado, recursos do estado fluiriam para as forças políticas; de outro, financiariam a atividade político-partidária e de campanhas eleitorais, a corrupção de agentes públicos, a manutenção de base partidária fisiológica, a compra de apoio da imprensa e de movimentos sociais e, claro, os luxos dos atores envolvidos.

Ou seja, cuidava-se de um método criminoso de governança, que visava a perpetuação de um partido no poder, por meio do asfixiamento da oposição.⁴¹⁰

A questão é ainda mais agravada. À medida em que, em termos políticos, transcorre o argumento, a questão vai se partidarizando,⁴¹¹ colocando em dúvida a própria isonomia do julgamento. Os aspectos jurídicos são deixados, cada vez mais, de lado e as convicções políticas vão moldando a fundamentação ao ponto em que não se distinguem as observações partidárias e a fundamentação jurídica do voto.

Não deixa de ser interessante que o partido que é o grande beneficiário do esquema desvelado pela Operação Lava Jato e, sem sombra de dúvida, seu mentor, seja também o incentivador e até mesmo patrocinador de providências (esta ADI figura entre elas) que visam proibir a doação de empresas privadas para campanhas eleitorais. Como se explicar tal fenômeno? Sensibilidade de recém-convertido?⁴¹²

Concluindo que

O resumo da história, a partir da reabertura democrática, é o seguinte:

- (i) A vedação do financiamento por empresas levou, na eleição do Presidente Collor, ao financiamento por caixa 2, abastecido por empresas;
- (ii) Após o impedimento, alterou-se a legislação, para permitir o financiamento empresarial;
- (iii) Ao menos nas últimas três eleições gerais, o partido do poder aproveitou-se do patrimônio público, que ingressou em seus cofres mediante doações ao partido, fora de períodos eleitorais, e durante as campanhas, bem como pela via do caixa 2.

⁴¹⁰ Ibid, p. 34-35. Original em negrito, novamente.

⁴¹¹ Ibid, p. 36-40.

⁴¹² Ibid, p. 42. Original em negrito, mais uma vez.

O que se sugere por meio desta ação é que o escândalo mais recente estaria a recomendar o retorno ao modelo do escândalo anterior. Não bastasse o equívoco de trocar o fracasso atual pelo fracasso pretérito, o que se percebe é que a própria mudança parece parte do projeto de perpetuação do poder, não mediante gestões eficientes, mas por meio do desequilíbrio da concorrência eleitoral.⁴¹³

O voto prossegue, mantendo a lógica de que “o partido do poder segue podendo empregar seu *know-how* para desviar recursos ao caixa 2, irrigando a campanha com dinheiro sujo”⁴¹⁴ e a fundamentação é explícita em atacar um suposto “projeto de poder”⁴¹⁵ do “partido que está no poder há 4 mandatos”⁴¹⁶.

Estamos falando do partido que conseguiu se financiar a ponto de chegar ao poder; uma vez no Governo, passou a manter esquema permanente de fluxo de verbas públicas para o partido, por meio de propinas e *pixulecos* de variados matizes; e, após chegar ao poder e a partir dele abastecer, de modo nunca antes visto na história do país, o caixa do partido, busca-se fechar as portas da competição eleitoral, sufocando os meios de financiamento dos concorrentes.⁴¹⁷

É apenas em um singelo último tópico que a fundamentação passa a se concentrar nos aspectos jurídicos. E é exatamente este o problema. O conteúdo dos argumentos é, em sua maioria, político. Os fundamentos arguidos são caracterizados pela politização do sistema legal e inversão substancial na dinâmica entre as instâncias que produzem e interpretam o texto legal. É importante enfatizar esse ponto. A questão posta diante do tribunal dizia respeito à compatibilidade entre o sistema de financiamento empresarial e a consistência do código *lícito/ilícito*, ou mais especificamente sob o binômio *constitucional/inconstitucional*, como código interno do sistema jurídico, ao nível hierárquico das normas constitucionais.⁴¹⁸ Não pretendia determinar se o método era *bom ou ruim*, ou qualquer outro tratamento que fosse politicamente orientado. Sob a premissa de estabilização de expectativas normativas, supunha-se que os argumentos utilizados na fundamentação seriam guiados pela lógica do código *constitucional/inconstitucional*, pressupondo uma separação entre as instâncias interpretativas e administrativas do Estado. Tais condições não foram, no entanto, respeitadas no caso. Apesar do que se possa argumentar em relação à conclusão, no sentido de negar a inconstitucionalidade do sistema de financiamento empresarial de campanhas eleitorais, os argumentos levantados foram antes orientados por critérios políticos, por vezes partidários. Em última análise, a

⁴¹³ Ibid, p. 53-54. Original em negrito.

⁴¹⁴ Ibid, p. 55.

⁴¹⁵ Ibid, p. 59.

⁴¹⁶ Idem.

⁴¹⁷ Ibid, p. 60. Original em negrito.

⁴¹⁸ NEVES, 2012, p. 99-100; NEVES, 2013b, p. 93.

fundamentação implica em contrariar o primeiro argumento levantado na decisão, não distinguindo entre as dimensões do Estado, representado nas leis, e dos partidos políticos, que conferem supostos motivos à decisão.⁴¹⁹ Em termos heterorreferenciais, as dimensões de justiça interna e externa foram confundidas. As convicções de justiça externa projetaram-se sob as perspectivas normativas, sem o devido critério de justiça interna, em nível de fechamento operacional. Em consequência, rompeu-se o limite sistêmico do direito, que teve sua operacionalidade subordinada ao sistema político, em evidente violação aos pressupostos de autopoiese e isonomia sistêmica.

IV.II. HETERORREFERÊNCIA ECONÔMICA E DECISÃO JURÍDICA – OS LIMITES DO JULGAMENTO ECONÔMICO NOS TRIBUNAIS CONSTITUCIONAIS

De que maneira devem os tribunais compreender e ponderar as influências e consequências econômicas de suas decisões? Como devem ser decididos os casos em que há significativos impactos econômicos sobre a decisão jurídica? A qual limite é legítimo – se é que é legítimo – recorrer a critérios e efeitos econômicos para fundamentar uma decisão que deve ser realizada, fundamentalmente, com base no código *lícito/ilícito*?

a) Richard Posner e a maximização de riqueza

Uma tentativa de resposta a essa problemática tem sido ofertada por Richard Posner, corifeu da Análise Econômica do Direito⁴²⁰. Segundo seus postulados, a melhor maneira de interpretar o direito “é entendendo os juízes como maximizadores do bem-estar econômico”⁴²¹. Em sua visão, os magistrados deveriam julgar casos controversos com o

⁴¹⁹ STF. ADI nº 4.650/DF. Voto vencido Ministro Gilmar Ferreira Mendes, p. 21.

⁴²⁰ “Esse movimento pode facilmente ser entendido de maneira equivocada” (POSNER, 2010, p. XII) dado que pressupõe conceitos econômicos que muitas vezes não são inerentes à teoria jurídica. Some-se ainda o fato de que muitos textos são recheados de ressalvas e premissas que dificultam a formação de um paradigma claro e definitivo. Sejam, portanto, cuidadosos para não recair em interpretações equívocas.

⁴²¹ POSNER, 2010, p. 7. *A priori*, Posner parece ressaltar esse argumento apenas ao *Common Law*. Contudo, ao prefaciar a edição brasileira de seu livro, ele argumenta que “a análise econômica do direito tem exercido grande influência sobre as decisões judiciais e a criação do direito por parte dos tribunais norte-americanos, e também sobre a formação dos profissionais do direito. Creio que ela tem tanto a oferecer num país de *civil law* como o Brasil quanto nas jurisdições anglo-americanas em que até agora desempenhou seu papel mais importante” (p. XVII).

objetivo de maximizar a riqueza social,⁴²² promovendo a justiça através da eficiência econômica.⁴²³ Uma sociedade seria, portanto, mais justa na medida em que melhor distribuisse seus bens, atribuindo-os a quem lhes concedesse maior valor.⁴²⁴

Essas ideias podem soar estranhas aos juristas. Parece-nos descontextualizado que alguém defenda “uma teoria da justiça segundo o critério da eficiência ou da ‘maximização de riqueza’”⁴²⁵. Por séculos a relação entre justiça e direito foi sedimentada no terreno da filosofia moral e uma alteração deste paradigma é, naturalmente, acompanhada por desconfiança. Por outro lado, uma simples reflexão sobre nosso modo de vida é suficiente para comprovar que nosso agir é influenciado – e, às vezes, até mesmo definido – por critérios monetários. Segundo Posner, essas situações solidificam suas premissas e comprovam que o “homem é um maximizador racional⁴²⁶ de fins e satisfação”⁴²⁷ [tradução nossa] e a eficiência econômica é um “conceito tanto ético quanto científico”⁴²⁸. É preciso cuidado. Essas afirmações podem sugerir uma interpretação equívoca. Pode parecer que Análise Econômica é simplesmente uma releitura do utilitarismo clássico, quando, na verdade, há boas razões para distinguir essas duas teorias.⁴²⁹ O utilitarismo argumenta, em

⁴²² DWORKIN, 2005, p. 351.

⁴²³ POSNER, 2010, p. 123.

⁴²⁴ POSNER, 2007, p. 11. DWORKIN, 2005, p. 371-ss.

⁴²⁵ POSNER, 2010, p. XXI. Destacamos.

⁴²⁶ POSNER, 2007, p. 1; 15- 17. A Análise Econômica desenvolve um conceito muito específico ao que entende ser um comportamento racional. Segundo ela “maximização racional não deve ser confundida com cálculo consciente” [tradução nossa] (p. 1). “Racionalidade significa, para um economista, nada senão a possibilidade de escolha, consciente ou inconsciente, [...] Em outras palavras, racionalidade é a habilidade e vontade de utilizar razões instrumentais durante a vida. Isso não presume consciência (decisões racionais são comumente intuitivas)” [tradução nossa] (p. 15). Embora dissocie-se da premissa de consciência, o conceito é, ainda assim, problemático, como se pode perceber através da obra do psicólogo e vencedor do Prêmio Nobel de Economia, Daniel Kahneman. Seu ensaio “*rápido e devagar – duas formas de pensar*” pode apresentar sólidas bases para contestar a vinculação entre “vontade de escolha” e racionalidade, mesmo no plano inconsciente. Kahneman busca dividir o pensar humano em dois sistemas. O sistema I “opera automaticamente e rapidamente, com pouco ou nenhum esforço e nenhuma percepção de controle voluntário” (KAHNEMAN, 2012, p. 26). O sistema II “aloca atenção às atividades mentais laboriosas que o requisitam, incluindo cálculos complexos” (Idem). O problema, diz Kahneman, é que o sistema II é “preguiçoso” (Ibid, p. 51), deixando o sistema I encarregado de algumas operações excessivamente complexas a sua racionalidade *rápida*. Tal perspectiva implica, obviamente, em constatar um estado de inconsciência em muitas de nossas escolhas. Isto não é problema ao critério de racionalidade de Posner. O que pode ser um problema é a ampliação deste raciocínio. Partindo de Kahneman, é possível questionar se há efetiva “habilidade e vontade de escolha” em nossas ações, uma vez que a simplicidade estratégica do sistema I é condicionada por normas associativas que implicam em equivocados saltos associativos e, porventura, inexistência da percepção de possibilidade de escolhas, dado o erro na avaliação de possibilidades. Ver também, BUNGE, 2015.

⁴²⁷ POSNER, 2007, p. 1.

⁴²⁸ POSNER, 2010, p. 17.

⁴²⁹ Muitas das críticas à Análise Econômica partem da má compreensão de seus postulados e utilizam da antipatia que o utilitarismo desenvolveu nos últimos anos. Desejamos não recair nesta falácia, separando cada uma das teorias. Cf. POSNER, 2010, p. 58.

síntese, que devemos, individual e coletivamente, buscar a maximização de nossos prazeres e satisfações, julgando as atitudes sob o critério de aumento da felicidade.⁴³⁰ A teoria econômica ortodoxa empenha-se, com algum sucesso, em se desvincular dessa matriz. Ela estabelece seus parâmetros na maximização de riqueza, alegando que a justiça não é motivada pela felicidade, mas na eficiência econômica. Daí a distinção. A questão central está em lançar olhares sobre a base informacional de cada uma das teorias, diferenciando-as

⁴³⁰ O utilitarismo foi por muito tempo a teoria moral dominante no contexto anglo-saxão. Seus postulados e críticas são de conhecimento de virtualmente todos que se interessam pelos debates de filosofia moral. Há, por óbvio, diferentes versões da teoria utilitarista. Exemplo disto são as diferenças entre as teses dos dois principais teóricos utilitaristas, Jeremy Bentham e John Stuart Mill. Bentham é um utilitarista muito mais intransigente. A maximização de felicidade é levada às últimas consequências em seus escritos. É sua lei mestre. Tudo gira em torno dela. Mill é muito mais ponderado. Ele procura harmonizar os princípios utilitaristas e o respeito a liberdades individuais, reconhecendo que alguns direitos têm um papel tão importante que violá-los representaria uma ‘perda de utilidade’ mesmo que a ação pareça boa em primeira análise. Uma passagem de seu ensaio *Sobre a Liberdade* parece demonstrar como ele ambiciona a coexistência de imperativos utilitaristas e respeito às liberdades: “Se todos os seres humanos, menos um, tivessem uma opinião, e apenas uma pessoa tivesse a opinião contrária, os restantes seres humanos teriam tanta justificção para silenciar essa pessoa como essa pessoa teria justificção para silenciar os restantes seres humanos, se tivesse poder para tal.” (MILL, 2014, p. 50). Entretanto, embora existam diferenças entre as teorias utilitaristas, todas elas comungam da raiz de maximização da felicidade. Este postulado dá ensejo a inúmeras críticas. Pretendemos destacar duas, que nos parecem especialmente verdadeiras. (i) A primeira diz que a mensuração da base informacional utilizada é muito insegura, pois não há um *utilitômetro* que possa nos garantir, com absoluta certeza, qual medida trará mais felicidade. É certamente difícil determinar o quão feliz alguém está e quantas pessoas estão felizes por este mesmo motivo, e é ainda mais difícil definir quem tem *direito a voto no cálculo da felicidade*. Tais condições, que permanecem indeterminadas, impedem a precisão do cálculo, uma vez que não se sabe o número de afetados pela ação e de que maneira eles mediram sua felicidade. Ao final, algumas perguntas ficam sem respostas. Como será medida a felicidade? E quais serão as opiniões consideradas nesse cálculo? A Análise Econômica consegue, com algum êxito, elidir este problema, uma vez que sua base informacional é quantificada em termos monetários, objeto plenamente mensurável. (ii) Outro problema que o utilitarismo enfrenta é a questão do desrespeito a direitos fundamentais. Stuart Mill empenhou-se em evitar o *Monstro Utilitarista*, mas, ainda assim, é difícil saber quando os direitos podem barrar a utilidade, o que implica em retornar a dificuldade de quantificar a felicidade. Somando-se a isso, devemos considerar a indiferença distributiva promovida pelo utilitarismo. O cálculo de utilidade não considera desigualdades de distribuição, interessando-se apenas pelo total de *utilidade* (felicidade) distribuída. Pareto certamente imaginou ter encontrado uma resposta a esta problemática, quando desenvolveu um cálculo para mensurar a eficiência das ações, mas não parece que tenha alcançado seus objetivos (POSNER, 2010, p. 105). Muito disso se deve ao fato de que a escala de Pareto tem como premissa ‘transações que não influenciem ninguém senão aqueles que participam da operação’, o que dificilmente ocorre na prática. A Análise Econômica corretamente ataca estes pontos. Porém, não parece que ela consiga elidir a problemática. Embora argumente que a eficiência econômica promove o respeito a direitos. A afirmação pode ser contestada, pois não há seguros indicativos práticos que sustentem a tese. Ao contrário, parecem existir inúmeras situações em que o desejo de maximização de riqueza – desacompanhado de regulamentação e fundamentos normativos – é responsável por violações de direitos individuais. Ronald Dworkin apresenta um contundente argumento nesse sentido. Segundo o jusfilósofo “Uma sociedade que se propõe a maximizar a riqueza social exigirá certa atribuição de direitos à propriedade, ao trabalho etc. [...] Uma sociedade, porém, não é uma sociedade melhor apenas porque especifica que certas pessoas têm direitos a certas coisas. Veja a África do Sul [na época do Apartheid]. Tudo depende de quais direitos a sociedade reconhece e se esses direitos devem ser reconhecidos segundo alguma avaliação independente.” (DWORKIN, 2005, p. 374). Esta temática é, contudo, demasiadamente profunda para esta nota, demandando reflexões morais, políticas e sociológicas que estão além de nossas possibilidades atuais. Mas, ao que parece, os argumentos de Dworkin, somados a constatações da vida cotidiana, são mais pertinentes do que os levantados pela teoria econômica ortodoxa.

através das informações que serão diretamente relevantes em seus postulados.⁴³¹ Assim, embora seja inegável que a *Law and Economics* tem em comum com o utilitarismo a ambição de maximizar seus objetivos, é inquestionável que há boas razões para distinguir utilitarismo e ciência econômica,⁴³² pois “riqueza não é sinônimo de felicidade”⁴³³. Em resumo, podemos dizer que utilitarismo e eficiência econômica não são idênticos, porque em muitos casos a maximização de riqueza social pode provocar *infelicidade* em termos utilitaristas. Basta pensar no caso de uma fábrica que atrapalha seus vizinhos. O fechamento ou mudança da fábrica certamente agradaria seus vizinhos, que ficariam felizes por não ser perturbados. Porém, o resultado pode prejudicar a maximização de riqueza social, de maneira que felicidade e eficiência econômica estariam em lados opostos da solução.⁴³⁴

O conceito de maximização de riqueza é, portanto, a alma da Análise Econômica. Ele possibilita elidir várias das conhecidas críticas ao utilitarismo e superar algumas de suas dificuldades. Um dos grandes obstáculos do utilitarismo é o fato de que não há como realizar comparações interpessoais de felicidades.⁴³⁵ A Análise Econômica não é confrontada por este desafio, pois a maximização de riqueza possibilita um método racional de cálculo para o coeficiente de utilidade de uma ação. Basta comparar riquezas financeiras.⁴³⁶ Ou seja, verificar qual situação é economicamente mais satisfatória. Daí que, para a Análise Econômica do Direito, o conceito de eficiência se diferencia da tese levantada por Pareto. Em sua teoria, que ambicionava um método para quantificar a felicidade, em busca de uma solução ao problema utilitarista, Pareto orientava-se por um princípio segundo “o qual uma forma de alocação de recursos é superior a outra se puder melhorar a situação de pelo menos uma pessoa sem piorar a de ninguém”⁴³⁷. O problema é que estas situações dificilmente se materializam,⁴³⁸ dada a suposição de que ninguém seria afetado negativamente por situações

⁴³¹ SEN, 2010, p. 80-83.

⁴³² POSNER, 2010, p. 59.

⁴³³ Ibid, p. 77.

⁴³⁴ COASE, 1960, p. 4-ss. O exemplo que utilizamos é uma versão muito simplificada de um caso descrito por Ronald Coase, em um dos primeiros textos sobre Análise Econômica do Direito. Ronald Dworkin também se utiliza do exemplo de Coase em seus argumentos contrários a teoria econômica ortodoxa, especialmente aquela formulada por Posner. Cf. DWORKIN, 2005, p. 354-355.

⁴³⁵ SHAPIRO, 2006, p. 52-70.

⁴³⁶ Utilizar o dinheiro como *utilitômetro* não é propriamente uma inovação. A ideia já havia sido proposta por Bentham. O problema é que no cálculo utilitarista clássico o dinheiro é forma de medir a felicidade. Ele é um substituto daquilo que verdadeiramente deseja ser mensurado. SHAPIRO, 2006, p. 32-33. A análise econômica não sofre desse problema. O dinheiro é a medida que buscamos.

⁴³⁷ POSNER, 2010, p. 105.

⁴³⁸ Ibid, p. 106.

que beneficiam outros. Uma ficção irrealizável em contraste com a dinâmica concorrencial,⁴³⁹ na qual “é impossível identificar todas as pessoas afetadas pela transformação de um mercado”⁴⁴⁰. Em termos práticos, não há razões para supor que transações concorrenciais não prejudicam outros⁴⁴¹ e “se aceitássemos essa restrição, quase nenhuma decisão social seria justificada”⁴⁴². Por outro lado, a identificação do problema de Pareto não suprime os vícios da *Law and Economics*. A solução encontrada por ela radica em outro problema, ainda mais profundo. Por trás do conceito de justiça como eficiência econômica esconde-se a premissa de que a maximização de riqueza é um *bem moral* que poderia ser quantificado com base em valores científicos⁴⁴³. Essa fusão de conceitos éticos e científicos, explicitamente defendida por Posner, implica em desvalorizar conceitos morais de justiça, em prevalência de critérios econômicos.⁴⁴⁴ Vejamos o exemplo de Coase, também adepto da Análise Econômica. Ele argumenta que se não fossem os custos de transação não faria diferença qual decisão seria tomada pelos tribunais.⁴⁴⁵ Em seu argumento, a solução de um problema jurídico dependeria, apenas, de determinar a maximização de riqueza.⁴⁴⁶ Em qualquer outro caso os juízes estariam prejudicando o desenvolvimento econômico desejado.⁴⁴⁷

Este é o ponto nuclear da Análise Econômica. Ela representa uma inovação no terreno das teorias jurídicas e de justiça, que, como dito, são tradicionalmente influenciadas por concepções morais. A questão é que, assumindo postulados econômicos e ambicionando

⁴³⁹ Idem.

⁴⁴⁰ Idem.

⁴⁴¹ Idem “Se A vende um tomate para B por \$2 e ninguém mais é afetado pela transação, podemos estar certos de que a utilidade de \$2 é para A maior que a do tomate, sendo o inverso verdadeiro para B, ainda que não saibamos em que medida a transação aumentou as utilidades de A e B. Mas, devido ao fato de que o pressuposto fundamental desse exemplo, a ausência de efeitos sobre terceiros, não dá conta de *classes* de transações, o critério da superioridade de Pareto não é aplicável à maioria das questões de política pública: por exemplo, como saber se, no caso dos tomates, o livre-mercado é superior, de acordo com o critério de Pareto, a um mercado no qual exista um teto para o preço? A eliminação desse teto resultaria em um preço de mercado mais elevado, maior qualidade de produção, aluguéis mais caros de terras especializadas no cultivo de tomates, redução não produção de mercadorias substitutas e muitos outros efeitos. Se é impossível identificar todas as pessoas afetadas pela transformação de um mercado de tomates com preços tabelados em um mercado livre, que dirá negociar com o consentimento de todas elas.”

⁴⁴² DWORKIN, 2005, p. 423.

⁴⁴³ POSNER, 2010, p. 17.

⁴⁴⁴ Ibid, p. 496. Posner é explícito ao defender que “A igualdade de provimentos é menos importante do que o total dos valores para a manutenção da paz social e estabilidade política” [tradução nossa]. Esse é apenas um dos casos em que a maximização de riquezas (portanto, um conceito econômico) é considerado mais importante do que um valor moral (a igualdade, no caso).

⁴⁴⁵ COASE, 1960, p. 10.

⁴⁴⁶ Ibid, p. 9.

⁴⁴⁷ Ibid, p. 10.

direcionar a atividade judicial, ela se vê desamparada de qualquer das clássicas teorias.⁴⁴⁸ A saída é, então, assumi-la como sendo uma teoria da justiça,⁴⁴⁹ entendendo que ela “lança bases não apenas para uma teoria dos direitos e dos remédios judiciais, mas para o próprio conceito de direito”⁴⁵⁰. Assim sendo, a Análise Econômica intitula-se como um “um sistema ético alternativo”⁴⁵¹. Seu objetivo é “desenvolver *uma teoria moral* que transcenda o utilitarismo clássico e que afirme, como critério de julgamento de equidade de uma ação ou instituição, sua capacidade de maximizar a riqueza da sociedade”⁴⁵². A Análise Econômica, ao menos aquela teorizada por Richard Posner, proclama-se como uma teoria da justiça. Não apenas uma teoria do sistema jurídico, mas também uma teoria sobre a justiça! E, neste ponto, Posner é explícito em defender que “o sentido que aqui atribuo à palavra ‘justiça’ aproxima-se daquele em que John Rawls a utiliza”⁴⁵³. Ou seja, uma teoria normativa que tem como objetivo básico estruturar a sociedade, prévia e independentemente de eventuais pressupostos jurídicos envolvidos.⁴⁵⁴

Tais perspectivas refletem de duas maneiras sobre o direito. Embora Posner, em alguns momentos, assuma a Análise Econômica como um conceito desvinculado – e, em certa medida, superior – ao sistema legal, as teses arguidas implicam em reflexos sobre a interpretação das normas jurídicas e a própria conceituação do direito. Sob a perspectiva interna, os impactos são no sentido de afirmar que o sistema legal segue a lógica de maximização de riqueza e as teorias econômicas são as que melhor descrevem as normas jurídicas. Neste contexto, a Análise Econômica coloca-se como uma teoria de prestação jurisdicional.⁴⁵⁵ Uma teoria que busca definir o direito e determinar sua interpretação. Por

⁴⁴⁸ SANDEL, 2012b, p. 89.

⁴⁴⁹ POSNER, 1992, p. 433. Posner é explícito ao defender uma teoria *top-down* (p. 446), isto é, “inventar ou adotar uma teoria sobre uma área do direito – ou sobre todo ele – e utilizá-la para organizar, criticar, aceitar ou rejeitar, explicar ou negar, distinguir ou amplificar” [tradução nossa] o direito positivo e as decisões que são tomadas. Essas teorias estão além das fronteiras do direito positivo, mas pretendem descrevê-lo. São construções que procuram a partir de algo superior *um conceito de direito*, definir as bases e interpretações de sistemas legais positivos. No caso de Posner “o melhor entendimento sobre [...] a jurisdição é tentar maximizar a riqueza social” [tradução nossa].

⁴⁵⁰ POSNER, 2010, p. 89.

⁴⁵¹ *Ibid*, p. 72.

⁴⁵² *Ibid*, p. 138. Destacamos.

⁴⁵³ *Ibid*, p. XXI. Citando Rawls, Posner afirma que “Para nós o objetivo primário da justiça é a estrutura básica da sociedade, ou mais exatamente, a maneira pela qual as instituições sociais mais importantes distribuem direitos e deveres fundamentais e determinam a divisão de vantagens provenientes da cooperação social. Por instituições mais importantes quero dizer a constituição política e os principais acordos econômicos e sociais” (RAWLS, 2008, p. 7-8).

⁴⁵⁴ RAWLS, 2008, p. 7-8.

⁴⁵⁵ DWORKIN, 2005, p. 421.

outro lado, sob a perspectiva externa, a maximização de riqueza se coloca como um ideal de justiça que pretende influenciar o pensamento jurídico, seja na vertente judicial ou legislativa. Ela é uma, entre outras teorias da justiça. Uma forma de descrever o que é justo. Uma teoria que ambiciona influenciar o direito de maneira heterorreferencial. Neste sentido, as perspectivas da teoria econômica ortodoxa pretendem ser válidas ao sistema jurídico e, também, além dele. Fixadas essas premissas, é chegada hora de analisarmos com mais detalhes cada uma dessas duas perspectivas. Elas têm provocado as mais variadas críticas e acreditamos que duas delas são especialmente acertadas.

A primeira refere-se ao modo com que a Análise Econômica do Direito trabalha as questões de justiça. Porém, antes de analisar a objeção, devemos separar claramente as perspectivas internas e externas, julgando-as cada qual segundo os critérios de seus contextos (sistema jurídico e teorias da justiça, respectivamente). A Análise Econômica toma os dois caminhos. Por um lado, ela se propõe uma teoria da justiça para além do direito, assumindo uma dimensão de justiça externa. Por outro, argumenta que em países capitalistas há fortes indícios de que o direito se nutre do ideal de maximização de riqueza.⁴⁵⁶

Quanto à perspectiva da justiça interna, a Análise Econômica enfrenta um grave problema. Dificilmente um sistema jurídico será caracterizado unicamente por um ideal de justiça, especialmente em sociedades modernas e complexas.⁴⁵⁷ A monovalência – ou, no dizer de Lyotard, a possibilidade de uma única metanarrativa – não é uma característica da modernidade, que se notabiliza sobretudo pela multiplicidade de observações e narrativas.⁴⁵⁸ Os ideais de justiça não são diferentes. Aqueles que adentram no sistema jurídico são selecionados em meio a uma arena pública caracterizada primordialmente pelo dissenso contudístico.⁴⁵⁹ E, embora Posner aparente compreender esta premissa, ele, ainda assim, alega que o sistema jurídico de países capitalistas é “melhor (não perfeitamente) explicado como um sistema de maximização da riqueza social”⁴⁶⁰ [tradução nossa]. Ele argumenta que em casos controversos os magistrados deveriam decidir de maneira a maximizar a riqueza social, promovendo a justiça através da eficiência econômica do sistema jurídico,⁴⁶¹ porque

⁴⁵⁶ POSNER, 2010, p. 138.

⁴⁵⁷ POSNER, 2007, p. 25.

⁴⁵⁸ LYOTARD, 2013, p. xvii, 31; 77-80. MORIN, 1991, p. 8.

⁴⁵⁹ NEVES, 2012, p. 128. LYOTARD, 2013, p. 118.

⁴⁶⁰ POSNER, 2007, p. 25.

⁴⁶¹ DWORKIN, 2005, p. 351.

é desse modo que as leis são pensadas. O grande problema é que as alegações carecem de comprovação fática. O dissenso marcante da arena pública reflete, ainda que em menor escala, também no sistema jurídico, de forma que é muito difícil caracterizar um sistema legal apenas, ou primordialmente, sob um único ideal. Além disso, uma constatação empírica parece desmentir os argumentos de Posner. A Análise Econômica pressupõe que o legislativo atuará em cooperação com os tribunais na maximização de riquezas.⁴⁶² Contudo, a verdade é que as decisões judiciais raras vezes contêm explícitos argumentos ou referenciais econômicos e as faculdades de direito pouco promovem uma formação com profundidade nas teorias econômicas.⁴⁶³ Fossem os sistemas jurídicos de países capitalistas fundamentalmente caracterizados pela eficiência econômica, certamente observaríamos a pretensão de maximização de riqueza não apenas explicitamente demonstrada em leis e decisões, mas também no aprofundamento acadêmico do tema. Some-se, ainda, o fato de que existem, em muitos sistemas legais, critérios normativos que indicam precisamente o contrário daquilo que argui a teoria econômica ortodoxa. Os sistemas legais de países de tradição democrática liberal costumam apresentar dispositivos que apontam à construção de sociedade fraternas, livres e igualitárias, a despeito da maximização de riquezas. Em face desses argumentos, não parece seguro afirmar que a maximização da riqueza social em termos econômicos é o ideal de justiça sistêmico que anima o direito na vertente de países de tradição liberal e capitalista, pois, ao contrário do que alega Posner, não há seguros indicativos normativos que fundamentem esta posição.⁴⁶⁴

Sobra, então, a questão da justiça externa. Ou seja, pensar a Análise Econômica como uma teoria de justiça além das fronteiras do ordenamento jurídico positivo. A este

⁴⁶² Ibid, p. 391.

⁴⁶³ POSNER, 2007, p. 25.

⁴⁶⁴ A perspectiva da justiça interna implica em uma questão ainda mais problemática. Posner admitidamente busca “uma concepção do direito [...] dando ênfase à discricionariedade judicial” (POSNER, 2010, p. XVII). Ele escreve que “às vezes, autorizaria que juízes alongassem cláusulas – mesmo as questionáveis como o devido processo legal – quando há bons argumentos práticos em favor da intervenção [judicial]” [tradução nossa] (POSNER, 1992, p. 446-447). Ou seja, as cortes escolheriam subjetivamente a maneira de atuar em cada caso. Se considerassem que há bons argumentos para alterar a interpretação da norma jurídica, deveriam fazê-lo. “Uma perigosa abertura ao solipsismo decisório a ponto de descartar o dever de fundamentar as decisões, por considerá-lo secundário ou de somenos importância” (STRECK, 2013b, p. 56) em comparação com a pretensão de maximizar a riqueza social. Ou seja, “[...] quando um juiz esgota as regras à sua disposição, ele possui poder discricionário, no sentido de que ele não está obrigado por quaisquer padrões derivados da autoridade da lei” (DWORKIN, 2002, p. 55). Segundo esse argumento, a norma jurídica não seria, pois, o fundamento de decisão, mas apenas um limite flexível. O magistrado agiria conforme sua discricionariedade e o direito seria subjetivamente construído a partir da vontade do intérprete. Evidentemente, vários são os problemas desse argumento, em especial a desvalorização da legalidade e da democracia.

respeito, a teoria econômica ortodoxa afirma que a riqueza é, por si, um valor moral de justiça.⁴⁶⁵ “Essa sugestão em seu âmbito mais amplo, supõe que uma sociedade que busca a maximização de riqueza chegará mais perto dos ideais de justiça distributiva do que uma sociedade que não persiga exclusivamente esse objetivo”⁴⁶⁶. Logo, a sociedade seria tanto melhor quanto mais buscasse maximizar suas riquezas econômicas. A discussão aqui levantada é muito mais profunda do que a de justiça interna. Ela não conta com os indicativos normativos do sistema legal e pressupõe debates morais, no sentido mais abstrato que se pode imaginar. Assim, é difícil argumentar que algum ideal de justiça é absolutamente ilegítimo. Com exceção daqueles que se baseiam em premissas que violam completamente qualquer concepção de igualdade⁴⁶⁷ – como, por exemplo, o nazismo –, todas as demais teorias de justiça possuem suas razões e virtudes e, portanto, devem ser consideradas na arena democrática.⁴⁶⁸ Daí que não se trata de julgar quais ideais de justiça são legítimos. Todos são. Todos, que não os intolerantes.⁴⁶⁹ A questão é ponderar a pertinência das teses. Com honestidade acadêmica, não podemos deixar de reconhecer alguns méritos da *Law and Economics*. A factibilidade de seus postulados é perceptível, dado que o sistema econômico é o critério que guia muitas de nossas escolhas. Além disso, a Análise Econômica traduz-se em estímulo para incentivar alguns direitos e virtudes, especialmente as ditas *virtudes protestantes*.⁴⁷⁰ Contudo, não acreditamos que, em última análise, ela represente um bom

⁴⁶⁵ Este é um grande ponto de conflito entre Dworkin e Posner. Segundo Dworkin seria equivocado pensar que a riqueza econômica é, por natureza, um valor moral. Essa afirmação tem como premissa os conceitos muito específicos que Dworkin atribui à moral. Para ele só possuem valor moral os bens que são valorizados a despeito de qualquer outra circunstância. Posner contraria Dworkin, afirmando que a riqueza não apenas é *um* valor moral, “senão o único ou o mais importante”! (POSNER, 2010, p. 129). Devemos reconhecer que as críticas de Dworkin são parcialmente procedentes, mas precisamos ter cuidado. Ao assumir o argumento dworkiniano, por vezes, parece que somos forçados a, por coerência, acatar, também, algumas outras de suas premissas, vista a característica holística de sua obra. Assim, embora não estejamos de acordo com algumas concepções de Dworkin, devemos reconhecer que sua crítica a Posner é, em muitos aspectos, procedente.

⁴⁶⁶ DWORKIN, 2005, p. 381.

⁴⁶⁷ RADBRUCH, 1974, p. 91. KAUFMANN, 2014, p. 230- 231; 233; 262-263; 278-279. DWORKIN, 2005, p. 402.

⁴⁶⁸ Pode ser apresentado um argumento no sentido de que a maximização de riqueza pode induzir a desigualdades tão extravagantes que a análise econômica seria um ideal ilegítimo. Não parece que o argumento seja procedente. Embora seja inegável que a *Law and Economics* coloca a maximização de riqueza acima da igualdade, não há completo desprezo pelo princípio da equidade. Dentro de suas limitações, a teoria econômica ortodoxa respeita a igualdade. Todos estão sujeitos a idêntico critério de julgamento, a maximização de riqueza. O problema não é a isonomia inicial dos cidadãos. É que o critério de decisão leva a situações de extrema iniquidade. Não há total abandono da igualdade. A Análise Econômica não defende a desigualdade, mas admite. Há um conceito deficiente. (NEVES, 2013a, p. 195). Tal perspectiva não deslegitima em absoluto a *Law and Economics*, mas certamente a desfavorece em termos morais.

⁴⁶⁹ POPPER, 1988, p. 139-142.

⁴⁷⁰ POSNER, 2010, p. 82. “Em suma, o princípio da maximização de riqueza incentiva e gratifica as tradicionais virtudes e habilidades ‘calvinistas’, ou ‘protestantes’, associadas ao progresso econômico”. Em

ideal de justiça. Sem dúvida, um ideal legítimo, mas questionável em sua pertinência. É claro que a riqueza econômica é importante, mas, em comparação com outras perspectivas, existem valores morais que estão muito acima dela. Uma concepção de bem e de justiça deve ir muito além das fronteiras econômicas, avaliando, em especial, liberdades e possibilidades dos cidadãos na busca de sua própria felicidade.⁴⁷¹ Neste sentido, concordamos com Amartya Sen ao defender a ideia de *desenvolvimento como liberdade*.

A ideia básica é que a expansão da liberdade humana é tanto o principal fim como o principal meio do desenvolvimento. O objetivo do desenvolvimento relaciona-se à avaliação das liberdades reais desfrutadas pelas pessoas. As capacidades dependem crucialmente, entre outras coisas, de disposições econômicas, sociais e políticas. [...]

Os fins e os meios do desenvolvimento exigem que a perspectiva da liberdade seja colocada no centro do palco. Nessa perspectiva, as pessoas têm de ser vistas como ativamente envolvidas – dada a oportunidade – na conformação de seu próprio destino, e não apenas como beneficiárias passivas dos frutos de engenhosos programas de desenvolvimento.⁴⁷²

Neste contexto, as riquezas têm, obviamente, importante papel *instrumental* na promoção de direitos. Mas é exatamente por essa razão – por tratar-se de uma perspectiva instrumental – que uma concepção de justiça não pode ser restrita a aspectos monetários.⁴⁷³ Assim, “é sem dúvida inadequado adotar como nosso objetivo básico apenas a maximização de renda ou riqueza, que é, como observou Aristóteles, ‘meramente útil e em proveito de alguma outra coisa’. Pela mesma razão, o crescimento econômico não pode ser considerado um fim em si mesmo. O desenvolvimento tem de estar relacionado sobretudo com a melhora da vida que levamos e das liberdades que desfrutamos.”⁴⁷⁴ Além disso, outras teorias de

seu argumento Posner dá a entender que “o mercado revele o que há de melhor no homem” (p. 82), estimulando virtudes de criatividade, sensibilidade e conhecimento. Além da valorização do trabalho, da liberdade e do mérito.

⁴⁷¹ SEN, 2010, p. 54-ss.

⁴⁷² SEN, 2010, p. 76-77.

⁴⁷³ Avançando para o terreno da filosofia moral, poderíamos nos perguntar por que a maximização econômica é importante? Em outras palavras, questionar se a riqueza econômica possui em si um valor moral inerente ou se é desejável porque pode ser um instrumento para conquistarmos bens que verdadeiramente conferimos valor, independentemente de outras circunstâncias. Este é o problema analisado por Dworkin. Segundo ele “é absurdo supor que a riqueza social é um componente do valor social, e implausível que a riqueza social seja fortemente instrumental [*Dworkin separa argumentos em favor de função instrumental forte ou fraca da maximização de riqueza*] para um objetivo social porque promove a utilidade ou algum outro componente do valor social melhor do que faria uma teoria instrumental fraca.” (DWORKIN, 2005, p. 393). Posner rebate o argumento alegando que “à sabedoria convencional” “a riqueza é um valor, senão o único ou o mais importante” (POSNER, 2010, p. 129). É um debate abstrato, o qual não podemos nos dar ao luxo de investigar com a devida profundidade. Em uma palavra, acreditamos que, embora seus postulados sejam demasiadamente radicais, em especial em relação à aproximação entre direito e moral, Dworkin apresenta argumentos mais coerentes do que Posner. Não parece que a maioria das pessoas acredite no *valor moral* do dinheiro. De toda forma, é uma reflexão válida.

⁴⁷⁴ SEN, 2010, p. 29.

justiça parecem mais pertinentes na promoção de objetivos sociais, virtudes, direitos individuais e coletivos que são moral e humanamente mais importantes do que a maximização de riquezas. Quando tratamos de teorias da justiça devemos sempre realizar comparações, dado que o sistema jurídico não consegue absorver todas elas. Logo, não se trata de afirmar que a Análise Econômica é incapaz de garantir e estimular objetivos ou direitos morais. Trata-se de saber quais teorias conseguem ser mais eficientes em termos de sua promoção. E nessa comparação a proposta da *Law and Economics* é claramente desfavorecida. Em resumo, a ambição econômica não é ilegítima, mas também não representa um ideal de justiça de uma sociedade que consideramos justa. Isso não significa que os ideais da Análise Econômica devam ser banidos de discussões democráticas. Significa que à teoria econômica ortodoxa deve ser destinada apenas uma pequena porção do dissenso contudístico que será absorvido pelo sistema jurídico.

A segunda crítica é ainda mais delicada. Ela refere-se à hipertrofia do sistema econômico. Esta não é propriamente uma problemática jurídica, pois seu alcance está muito além do sistema legal e sua interpretação. É uma ameaça ao Estado Democrático de Direito e à própria modernidade, nos termos como a definimos.⁴⁷⁵ Em apertada síntese, o problema é a tendência de corrupção sistêmica generalizada e a sobreposição alopoiética do código econômico.⁴⁷⁶ Porém, antes de adentrar a crítica, é preciso compreender o panorama hodierno e sua raiz histórica, pois ainda estávamos traumatizados pelo Leviatã e embriagados com as liberdades, que foram conquistadas a duras penas, quando os mercados começaram a colonizar o mundo da vida. O fenômeno ainda era muito discreto e não parecia que o sistema econômico pudesse ameaçar o poder estatal, tradicionalmente o senhor de toda repressão. A globalização alterou essa realidade.⁴⁷⁷ A economia se internacionalizou. O sistema monetário tornou-se transnacional. E, em consequência disso, a pretensão de hipertrofia econômica ganhou vantagens em detrimento do direito, da política, da moral e do próprio Estado Democrático de Direito, como concebido na modernidade.⁴⁷⁸ Enquanto os sistemas político e jurídico permaneceram territorialmente limitados, o sistema econômico passou a ter expansão mundial.⁴⁷⁹ E, neste novo contexto, a variação ambiental

⁴⁷⁵ NEVES, 2012, p. 218; 226. HABERMAS, 2012a, p. 330-337.

⁴⁷⁶ NEVES, 2012, p. 218. NEVES, 2013b, p. 145-148; 173-176; 184-189.

⁴⁷⁷ NEVES, 2012, p. 215-222. NEVES, 2013b, p. 191-200. DUSSEL, 2012, p. 11; 19.

⁴⁷⁸ NEVES, 2012, p. 219. NEVES, 2013b, p. 191-192.

⁴⁷⁹ LUHMANN, 1998, p. 89.

refletiu no desbalanceamento da relação de isonomia sistema – característica fundamental da modernidade. O sistema econômico alargou-se e sua hipertrofia foi sentida. A sociedade começou a ser vista pela ótica econômica. O direito começou a ser visto pela ótica econômica. A moral começou a ser vista pela ótica econômica. A política começou a ser vista pela ótica econômica. E, assim, deixamos de ser uma sociedade com mercado para ser uma sociedade de mercado.⁴⁸⁰ Não é apenas de um jogo de linguagem. É mais. É a forma como o sistema econômico passou a se relacionar com os demais subsistemas sociais. No contexto jurídico, a Análise Econômica do Direito é a demonstração deste novo paradigma. Igual a ela existem outras. Outras *análises econômicas*. Em outras áreas da vida e do conhecimento. Assim, retornando ao que dissemos logo no início, a questão que se coloca não é a Análise Econômica do Direito, especificamente. É a *análise econômica da vida*. A legitimidade de pensar outros sistemas sob a lógica da economia, pois, quando a economia avança sobre a moral, o direito, a política, a religião, as tradições sociais e outros domínios que classicamente não lhe pertencem, devemos, então, ponderar se a perda de espaço desses âmbitos merece nossa atenção.⁴⁸¹ E, principalmente, se é legítima a *invasão* do mercado.

No contexto da Análise Econômica do Direito, “não se trata simplesmente de autopoiese da economia em face da política e do direito, antes de hipertrofia do código econômico em prejuízo dos códigos jurídico e político”⁴⁸². A expansão econômica pretende que toda a sociedade seja caracterizada por um novo critério de racionalidade, *a razão do mercado*,⁴⁸³ e objetiva reconduzir todos os valores da sociedade a critérios monetários, na medida em que tudo radica em dinheiro.⁴⁸⁴ Em sua visão, “não apenas todo o intervencionismo econômico, mas também as próprias funções do Estado referentes à legislação, à função de polícia e a militar são agora imaginados em termos de normas do

⁴⁸⁰ SANDEL, 2012b, p. 16.

⁴⁸¹ SANDEL, 2012b, p. 90.

⁴⁸² NEVES, 2012, p. 219.

⁴⁸³ Idem.

⁴⁸⁴ Até mesmo, por esta pretensão de monovalência, pode ser feita uma leitura positivista dos postulados daqueles que defendem uma análise econômica da sociedade. Não sem receio de simplificar demasiadamente complexa questão, pode-se afirmar que a pretensão de se entender toda a sociedade com base em critérios econômicos é uma extensão dos postulados positivistas na busca de uma razão monofactorial. Fundada no paradigma racionalista, iniciado com René Descartes e sua *dúvida metódica* (DESCARTES, 2001), a epistemologia positivista busca razões monovalentes à explicação de suas problemáticas – pois fruto do credo racionalista. Assim, aqueles que tentam interpretar todos os acontecimentos sociais com razões econômicas não fazem nada mais do que resgatar a tradição de um ideal monofactorial objetivado pela epistemologia positivista. Cf. MORIN, 1991, p. 98.

mercado”⁴⁸⁵. É o sistema econômico orientando o direito. É o binômio *ter/não-ter* influenciando diretamente sobre questões jurídicas, políticas, morais, afetivas e quaisquer outras. É, especialmente, a legalidade sendo afastada em razão de aspectos financeiros.⁴⁸⁶ É, também, a constituição de sobrecidadãos e sobrecorporações⁴⁸⁷ que não estão ao alcance dos sistemas legais e políticos, uma vez que, por intermédio do sistema econômico, conseguem bloquear alopoieticamente a operacionalidade de outros sistemas. É sob este paradigma teórico que está a Análise Econômica do Direito. Ela é a representante jurídica da hipertrofia do sistema econômico. É a corrupção sistêmica jurídica, consequência da hipertrofia econômica. Seus objetivos, de maximização de riqueza, transparecem isso. Sua racionalidade não está vinculada ao sistema legal, mas à economia. Suas premissas são acima de tudo pautadas no expansionismo do código *ter/não-ter*. Portanto, quando afirma que casos controversos devem ser decididos para promover a eficiência econômica⁴⁸⁸, fomenta a alopoiese do sistema jurídico, sobrepondo critério das ciências econômicas às concepções de legalidade e justiça típicas ao direito.

Tais pressupostos representam um flagelo às pretensões do sistema legal. Conquanto a hipertrofia do código *ter/não-ter* imponha severas dificuldades alopoiéticas a todos os sistemas sociais que desejam reprodução efetiva, não há fundamentos para se romper com os limites de contingência do sistema legal, apenas em razão de sua operacionalidade. Daí o erro da Análise Econômica do Direito. Esta escola não considera o fato de que o direito é vinculado a opções prévias e contido por normas pretéritas que ambicionam organizar e regulamentar o futuro. Ainda mais, desconsidera que o direito exige que meios e fins sejam ambos legítimos. Na contramão destas premissas, o pensamento da *Law and Economics* direcionam-se pela suposta legitimidade de seus fins, em despeito dos meios e em desprezo à norma legal. Tais fatores distorcem a racionalidade jurídica em nome de premissas de futuro, consistentes na tomada de decisão que seja socialmente mais benéfica, em termos de maximização de riqueza. Neste contexto, o problema da Análise Econômica – e, para estes fins, também, do utilitarismo clássico – é subverter as opções pretéritas e os limites normativos do sistema legal, na medida em que sua racionalidade é voltada ao futuro e aos fins e desapegada da contingência jurídica e da legitimidade dos

⁴⁸⁵ HINKELAMMERT, 1988, p. 87.

⁴⁸⁶ BAGGENSTOSS; CADEMARTORI, 2011, p. 324; 336-338. BENVINDO, 2009, p. 161-164.

⁴⁸⁷ NEVES, 2012, p. 252-254.

⁴⁸⁸ POSNER, 2007, p. XXI, 7; 11; 123. DWORKIN, 2005, p. 351.

meios. Assim, o conflito é, em síntese, a sobreposição dos fins sobre os meios, a supervalorização das consequências sobre as normas legais e, em última análise, a hipertrofia do sistema econômico sobre o direito.

Essa situação é especialmente grave em países de modernidade periférica⁴⁸⁹, onde “não houve de maneira alguma a efetivação suficiente da autonomia sistêmica de acordo com o princípio da diferenciação funcional, tampouco a construção de uma esfera pública pluralista fundada na generalização institucional da cidadania”⁴⁹⁰. Nesses casos é ainda mais provável a corrupção sistêmica do código *lícito/ilícito*. As fronteiras do sistema jurídico não estão suficientemente protegidas em face de ameaças externas e os critérios de julgamento podem facilmente ser camuflados em interesses particularistas.⁴⁹¹

Essas observações gerais sobre a modernidade periférica como ‘modernidade negativa’ tornam-se sobretudo relevantes quando se considera especialmente o problema dos obstáculos à realização do Estado Democrático de Direito. A partir da sociedade envolvente, os sistemas jurídico e político são bloqueados generalizadamente na sua autoprodução consistente por injunções heterônomas de outros códigos e critérios sistêmicos, assim como pelos particularismos difusos persistentes na ausência de uma esfera pública pluralista. No interior do Estado, por sua vez, verificam-se intrusões destrutivas do poder na esfera do direito.

Em face da sociedade como contexto do Estado, pode-se falar de alopoiese social do direito for força da prevalência de outros códigos de preferência sobre o código ‘lícito/ilícito’. Isso significa que não estão definidas claramente as fronteiras de uma esfera de juridicidade. [...]. De fato, em decorrência dos grandes abismos de rendimento entre as camadas sociais, o código econômico reproduz-se hipertroficadamente, implicando privilégios e ‘exclusões’ legais. [...]. Assim sendo, a legalidade como generalização igualitária de conteúdos jurídicos é deturpada no processo de concretização do direito. [...].

Nessas circunstâncias, os procedimentos predominantemente jurídicos do Estado Democrático de Direito, tais como o jurisdicional e o administrativo de estrita execução da lei, sobretudo a polícia, são invadidos por critérios extrajurídicos que de forma incontrolável corrompem o processamento de casos jurídicos de acordo com critérios generalizados de constitucionalidade e legalidade, concretizados jurisdicional e administrativamente.⁴⁹²

⁴⁸⁹ NEVES, 2012, p. 237-238.

⁴⁹⁰ Ibid, p. 237.

⁴⁹¹ Neste contexto não é apenas o sistema econômico que corrompe a integridade do sistema jurídico. Fatores familiares, amizades, interesses privados, políticos e tantos outros sobrepõem-se difusamente para bloquear a operacionalidade do sistema legal. Seria simplista – e falacioso – alegar que a corrupção sistêmica do código *lícito/ilícito* é motivada exclusivamente pela hipertrofia do sistema econômico. O argumento é verdadeiro, mas a questão não acaba aí. São fatores estruturais muito mais profundos, que devem ser pensados à luz da fragilidade sistêmica da modernidade periférica. Em resumo, destacamos aqui a alopoiese jurídica promovida pela econômica, mas não podemos deixar de destacar que ela ocorre também por outras razões. BAGGENSTOSS; CADEMARTORI, 2011, p. 324. NEVES, 2012, p. 236-244.

⁴⁹² NEVES, 2012, p. 239-240.

Em última análise, essas situações demonstram que adotar a Análise Econômica como teoria da justiça ou critério de julgamento jurídico pode ter consequências prejudiciais à legalidade, à integridade do sistema jurídico e à própria constituição do Estado Democrático de Direito.

b) A busca de um paradigma: perspectivas normativas na sociedade moderna

Os argumentos apresentados devem ter sido suficientes para despertar desconfiança e curiosidade. No entanto, permanecem sem resposta as perguntas com que iniciamos o debate. Voltemos às questões. O que deve um magistrado decidir quando as normas jurídicas parecem conflitar com a dinâmica da sociedade? Esta é, sem dúvida, uma situação angustiante. As decisões dos tribunais devem fidelidade ao sistema jurídico e ao código *lítico/ilícito*. Julgar conforme a lei é o principal dever das cortes.⁴⁹³ O problema é, no caso, quando a lei conflita sobremaneira com a economia. Existem ao menos duas situações significativamente distintas. A primeira é quando os impactos de uma possível decisão têm o poder de impor barreiras à reprodução do sistema econômico. Se a decisão for efetivamente cumprida o sistema legal impedirá que a economia se mantenha ajustada à dinâmica social, prejudicando ou impedindo o desenvolvimento econômico da comunidade. A segunda é quando fatores econômicos atuam decisivamente na intenção de perturbar ou interromper a reprodução do sistema jurídico. Casos em que elementos econômicos ambicionam direcionar o julgamento no sentido mais favorável aos critérios monetários.⁴⁹⁴ Obviamente, não é preciso dizer que ambas as hipóteses podem ocorrer simultaneamente, pois julgamentos que podem implicar em grandes consequências financeiras costumam ser alvo de fatores econômicos atuando para bloquear o funcionamento do sistema legal. A questão é saber mediatizar essas influências heterorreferenciais, para que nenhum dos sistemas tenha sua reprodução prejudicada ou interrompida por fatores alopoiéticos. É preciso estabelecer canais de comunicação entre os sistemas.⁴⁹⁵ Evitar que se consumem situações nas quais ou o sistema jurídico bloqueia a economia ou o sistema econômico bloqueia o direito. Em grande parcela esta é uma competência legislativa. Quanto melhor a comunicação entre as

⁴⁹³ DWORKIN, 2005, p. 14.

⁴⁹⁴ Em certa perspectiva a Análise Econômica, enquanto *representante da alopoiese jurídica em sentido econômico*, atua dessa maneira.

⁴⁹⁵ NEVES, 2013a, p.

normas jurídicas e as diretrizes econômicas, mais fácil será ponderar hipotéticos conflitos sistêmicos. O problema é quando a relação sistêmica não é explicitamente mediada e, mesmo assim, há um conflito entre o sentido de racionalidade de cada sistema. O que fazer, então? O que fazer quando o sistema jurídico indica uma solução economicamente inviável? Sacrificar os pressupostos de legalidade do sistema legal ou prejudicar – ou por vezes impedir – a reprodução do sistema econômico?

A questão deve ser pensada sob diversas perspectivas. Se a analisarmos exclusivamente sob a lógica do sistema jurídico, julgando apenas a legalidade ou ilegalidade dos comportamentos, podemos incorrer em dois principais problemas. Se a decisão conflita sobremaneira com diretrizes econômicas, ela, inevitavelmente, ou será absolutamente ineficaz, não produzindo socialmente os efeitos devidos, ou bloqueará o funcionamento do sistema econômico. São questões de normatividade jurídica.⁴⁹⁶ Algumas decisões são absolutamente ineficazes, pois o sistema jurídico não é o único que pretende orientar a dinâmica social. Junto dele atuam outras forças e, por vezes, as normas e decisões jurídicas não conseguem se reproduzir socialmente, em razão da pretensão de operacionalidade de outros sistemas. Nesses casos, há um bloqueio heterorreferencial do sistema jurídico, porque o código *lícito/ilícito* torna-se fraco em comparação com outro critério. Situações como essas representam uma quebra da contingência sistêmica, em nível social, porém não excepcionais na dinâmica contemporânea. Daí a alopirose do direito face à economia. A primazia do sistema econômico no contexto da sociedade hodierna – seja a nível global ou nacional – impõe o desafio de saber quando o sistema jurídico poderá normativamente *enfrentar* diretrizes econômicas. Sob este contexto social, a angústia interna do sistema legal concentra-se sobre os tribunais e demais instâncias de interpretação dos textos legais. Aí está a questão: por um lado, devemos lembrar que tribunais são órgãos primordialmente jurídicos e, portanto, devem fundamentar suas decisões sob critérios de legalidade e ilegalidade, mas, por outro, não podemos olvidar que a dinâmica social parece *coagi-los* em sentido contrário. Eis, então, o paradoxo das decisões: embora o sistema jurídico tenha a ambição de reduzir a complexidade social de incertezas, projetando o conflito de expectativas cognitivas em expectativas normativas, sua operacionalidade é, ao mesmo tempo, estimulada e desestabilizada pela própria sociedade, que fomenta sua reprodução.⁴⁹⁷ Tentando

⁴⁹⁶ HESSE, 1991.

⁴⁹⁷ LUHMANN, 1988, p. 154-155; 161-163.

simplificar, podemos dizer que a sociedade impõe uma aporia quando projeta direcionamentos contraditórios ao sistema legal. Por um lado, projeta expectativas no sentido de que o magistrado decida sempre com fundamento na legalidade. Por outro, direciona critérios decorrentes de outros sistemas, no sentido de contornar a legalidade, em favor de outra espécie de racionalidade. Assim, embora a sociedade espere que toda decisão seja fundamentada, em última análise, sob o código *lícito/ilícito*, às vezes, a própria organização social impõe barreiras à concretização normativa de decisões juridicamente fundamentadas. Ou seja, a sociedade projeta o conflito de expectativas dissidentes para dentro do próprio sistema jurídico. É contraditório, mas *natural*. A questão é saber trabalhar com o paradoxo, sem ceticismo, tecnocracia ou autofagia sistêmica.⁴⁹⁸

Assim, novamente, retornamos às perspectivas de justiça interna e externa. Por um lado, o paradoxo normativo é um problema de autopoiese do sistema jurídico. Por outro, é um desafio de adequação social. A questão é mediatizar os pressupostos, pois a reprodução do sistema legal pressupõe uma compatibilidade dialética entre a supercomplexidade da sociedade (ambiente) e a complexidade ordenada do direito (sistema).⁴⁹⁹ Compatibilidade dialética que, por sua vez, implica em assumir a inexistência de sobreposições de racionalidade, sob pena de invalidar a premissa de isonomia sistêmica.⁵⁰⁰ O ponto é garantir contingência e autopoiese do sistema legal, sob a perspectiva interna, sem que, por essa razão, se alcance uma decisão ineficaz, em termos sociais, violando à perspectiva externa. Assim, os tribunais devem observar os impactos e critérios econômicos que estão em jogo em cada ação, sem deslocar sua racionalidade em sentido oposto ao determinado nos programas jurídicos. Vale lembrar, o sistema legal exige que os meios e os fins sejam legítimos – não basta um deles. E, por esta razão, podemos, numa ligeira simplificação, dizer que tanto a perspectiva interna quanto a externa devem ser atendidas – não basta uma delas. Neste contexto, elementos financeiros devem conduzir a interpretação do programa normativo, no sentido de evitar decisões que sejam absolutamente incompatíveis com sistema econômico, mas respeitando que as decisões não sejam racionalizadas para qualquer outra lógica senão a legalidade. Em linguagem da teoria dos sistemas, equivale a dizer que a abertura cognitiva deve ser condicionada pelo fechamento operacional, uma vez

⁴⁹⁸ Ibid, p. 161.

⁴⁹⁹ NEVES, 2013b, p 152.

⁵⁰⁰ Ibid, p. 152-154.

que a heterorreferência é legítima apenas nos casos em que elementos externos são acompanhados pela reflexividade interna do sistema. Assim, no caso do sistema legal, todo fator ou critério de racionalidade que não seja primariamente orientado pelo código *lícito/ilícito* deve antes ser mediatizado por ele – relembre-se aqui a importância da Constituição como instância hierárquica do sistema legal e limite à abertura sistêmica. Do contrário, quando elementos externos adentram ao sistema sem que sejam *filtrados*, inicia-se um processo de alopoiese, que pode culminar com a própria supressão da ideia de sistema. Este é o ponto central do debate. O juiz deve ter o cuidado de examinar as implicações de suas decisões sob duas perspectivas aparentemente conflitantes, sabendo que a influência de aspectos econômicos deve ser restrita às possibilidades normativas do sistema jurídico, mas ponderando também que a legalidade pura e simples pode implicar em carência de efetiva normatividade jurídica, rompimento do pressuposto de contingência sistêmica e alopoiese econômica. Em última análise, a missão do magistrado é a dialética interna e externa do paradoxo, com respeito as premissas de fechamento operacional e heterorreferência. De maneira simplificada e resumida, podemos dizer que a lógica do mercado não pode conduzir interpretações que sejam inconsistentes em relação ao programa normativo,⁵⁰¹ na exata medida em que a decisão jurídica também não pode bloquear a reprodução do sistema econômico.

Assim, o juiz, quando diante de um caso com graves implicações econômicas, não pode desvincular-se dos limites impostos pelo legislador – eis a relação de *alter e ego* –, sob pena de romper os limites de contingência e racionalidade do sistema legal. As opções pretéritas, expostas em textos normativos, vinculam a atividade jurisdicional, na medida em que o juiz não pode ‘optar’ por uma solução que lhe pareça mais realizável, efetiva ou, até mesmo, justa. Assim fosse o sistema legal não cumpriria sua função de estabilização de expectativas e tampouco estabeleceria uma separação igualitária entre as instâncias formais de produção e interpretação do texto normativo. É preciso lembrar que o direito exige legitimidade recíproca e isonômica entre meios e fins. Ambos os pressupostos devem ser satisfeitos e um deles não pode suprimir o outro. Assim, embora não se possa negar as ingerências econômicas no direito – e também em outros sistemas, como a moral, a política, a religião, os meios de comunicação de massa, etc. –, a perspectiva de que a solução deve se

⁵⁰¹ Neste contexto, é imperioso salientar a diferença entre norma e texto. MÜLLER, 2000, p. 53-57. CASTANHEIRA NEVES, 2013, p. 143-144.

dirigir a alguma espécie de racionalidade específica mostra-se totalmente desarrazoada e em descompasso com as premissas da sociedade moderna, pautada em critérios de isonomia sistêmica e fechamento operativo.

Ora, não se trata de converter o sistema legal à dinâmica econômica da sociedade, tampouco negar os efeitos da realidade econômica sobre o sistema legal. É preciso ter no horizonte que a força normativa do direito é, em última análise, vinculada a condições sociais, muitas delas impostas pelo sistema econômico. E compreender também que o direito encontra seus limites heterorreferenciais em sua própria racionalidade, atrelada aos limites de contingência demarcados pelo binômio *lícito/ilícito*, exposto sobretudo na Constituição. Portanto, à luz da hipertrofia do código *ter/não-ter* e do paradoxo de justiça, que caracteriza o direito da sociedade moderna, é preciso buscar mecanismos de diálogo entre os sistemas, na ambição de construir canais de comunicação que aceitem os limites de contingência impostos por cada sistema, impeçam qualquer isolamento cognitivo em termos de solipsismo operativo e não neguem a tensão existencial entre as pretensões operativas dos vários sistemas que influem na dinâmica da sociedade moderna. Em poucas linhas, equivale a dizer que o âmbito de incidência da norma tem papel fundamental em sua interpretação, mas não pode conduzir a resultados que sejam absolutamente contraditórios ao teor literal do texto normativo. Ou seja, a heterorreferência encontra limite na inflexibilidade do programa normativo, pois a preservação dos critérios de legalidade constitucional é premissa fundamental do sistema legal. Posição contrária permitiria converter a interpretação legal em uma concepção voluntarista, possibilitando a sobreposição de perspectivas particularistas e fragilizando a robustez do código legal. Em poucas palavras, a questão é sobretudo o equilíbrio da relação paradoxal entre justiça interna e externa e as atividades legiferantes e judiciais, com respeito à isonômica legitimidade de meios e fins exigida pelo sistema legal.

c) Decisão, factibilidade normativa e corrupção sistêmica: uma breve análise concreta

A análise de um caso concreto pode demonstrar de maneira mais clara nossos argumentos. Veja-se, por exemplo, os Embargos de Declaração da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.106/MG, em que se discutia o sistema previdenciário dos

funcionários públicos não efetivos do Estado de Minas Gerais. A Lei Complementar Estadual nº 64 estabelecia, em seu art. 79, um regime previdenciário específico aos servidores não titulares de cargo efetivo, mediante a contraprestação de 11% da remuneração percebida. A lei previa também, no art. 85, que, em contrapartida, o Estado forneceria assistência médica, hospitalar, odontológica, social e farmacêutica aos segurados. O problema é que as disposições, que por anos regeram o regime de aposentadoria dos servidores públicos não efetivos no Estado de Minas Gerais, estavam em descompasso com o art. 40, § 13º, Constituição Federal, o qual prescreve que aos servidores ocupantes de cargo em comissão – isto é, não titulares de cargo efetivo – aplica-se o regime geral de previdência social.⁵⁰²

A verdadeira controvérsia não está na inconstitucionalidade da lei estadual, mas nos efeitos da decisão. A inconstitucionalidade teria como consequência a carência de fundamento legal do sistema previdenciário e, portanto, a apriorística ilegitimidade do recolhimento previdenciário. E uma vez que as declarações de inconstitucionalidade implicam, em regra, em efeitos *ex tunc*, o Estado e as pessoas que contribuíram seriam forçadas a revisar uma situação que há anos se estabelecia sob a premissa de legalidade. Se afirmava, assim, um confronto entre as normas jurídicas e as implicações econômicas da decisão. Por um lado, a lei estadual era inconstitucional; por outro, a declaração de inconstitucionalidade implicaria em graves efeitos econômicos, desequilibrando o cálculo de aposentadoria de servidores que agiam de boa-fé, supostamente, de acordo com a lei, e prejudicando sobremaneira as finanças do Estado. Assim, se a norma jurídica fosse subitamente retirada do ordenamento legal, as consequências econômicas, impediriam a operacionalidade do Estado Democrático de Direito, em dimensão de segurança jurídica, estabilização de expectativas cognitivas e equilíbrio econômico. Daí a adequada observação realizada no julgamento dos Embargos de Declaração.

O caso sub judice versa sobre temática socialmente sensível, na medida em que a concessão de efeitos retroativos à decisão da Corte implicaria o dever de devolução por parte do Estado de Minas Gerais de contribuições recolhidas por duradouro período de tempo. Mais precisamente, decorreram ao menos oito anos de vigência da sistemática de contribuições invalidada pelo Supremo Tribunal Federal; isso se contabilizarmos apenas o intervalo entre a promulgação da Lei Complementar estadual mineira nº 70, em março de 2002, e o julgamento da presente ADI pelo STF, em abril de 2010.⁵⁰³

⁵⁰² STF. ADI 3.106/MG. Relator Ministro Eros Grau, p. 8-12.

⁵⁰³ STF. ED/ADI nº 3.106/MG. Relator Ministro Luiz Fux, p. 10.

No terreno das decisões jurídicas, o instituto da modulação de efeitos, em matéria de inconstitucionalidade, desempenha importante papel nessa dinâmica. Ele promove uma solução dialética que permite conferir efeitos *ex nunc* ao reconhecimento de inconstitucionalidade, em razão de segurança ou caso de excepcional interesse público.⁵⁰⁴ E foi exatamente esta a premissa do julgamento dos embargos.⁵⁰⁵ Observou-se que, muito embora a inexistência fundamento legal à cobrança, vista a desconformidade constitucional, os efeitos econômicos de uma declaração de inconstitucionalidade com efeitos *ex tunc* seriam demasiadamente severos. E, portanto, haveria razões suficientes para a modulação de efeitos. Se o Governo de Minas Gerais fosse obrigado a reformular todo seu modelo previdenciário desde sua estruturação, as consequências econômicas seriam imprevisíveis, implicando, eventualmente, na própria “falência” do Estado. Por outro lado, se a inconstitucionalidade fosse mantida, teríamos legitimado a negação do direito, com base na economia. Segundo a decisão:

Nesse sentido, considerando as repercussões sociais e jurídicas da declaração de inconstitucionalidade, torna-se necessária a modulação dos efeitos da decisão de mérito tomada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal de modo a reconhecer a legitimidade da cobrança da contribuição social dos servidores do Estado de Minas Gerais enquanto o serviço lhes estava disponível e até a data de conclusão do julgamento de mérito pelo Supremo Tribunal Federal.⁵⁰⁶

Não se trata de um argumento de utilitarismo puro, mas de possibilidades comunicacionais entre os sistemas econômico e legal, que se traduzem em operações do sistema jurídico, em resposta às exigências econômicas do caso. Ou seja, uma legitimidade recíproca entre meios e fins, atendendo às demandas de justiça interna e externa, contingência e adequação social, e, principalmente, coerência e factibilidade. A proposta em que acreditamos consiste em criar elementos e mecanismos de diálogo para que cada sistema consiga organizar sua própria autopeiose e heterorreferência, através de canais comunicacionais que permitam aceitar os paradoxos da sociedade moderna. E o caso em análise demonstrou exatamente esta preocupação. Tendo em vista que a adoção plena de

⁵⁰⁴ STRECK, 2013a, p. 802.

⁵⁰⁵ STF. ED/ADI nº 3.106/MG. Relator Ministro Luiz Fux, p. 10. “É certo que a modulação de efeitos tem por objeto a tutela da segurança jurídica, evitando que a desconstituição retroativa dos efeitos da lei declarada inconstitucional cause abalos à sociedade e à ordem pública. A competência do Supremo Tribunal Federal para tal modulação decorre do poder de ‘ponderar, no controle de constitucionalidade, seja ele abstrato ou incidental, se deve prevalecer a primazia da norma constitucional tida por violada ou a segurança jurídica, e a partir desse raciocínio definir os efeitos temporais da decisão’” (BODART, Bruno Vinícius da Rós. Embargos de declaração como meio processual adequado a suscitar a modulação de efeitos temporais do controle de constitucionalidade. In: *Revista de Processo*, vol. 198, agosto/2011. RT: São Paulo. p. 398).

⁵⁰⁶ *Ibid*, p. 11.

cada uma das racionalidades em jogo implicaria na supressão da pretensão oposta, o tribunal utilizou-se de um expediente jurídico que abre um canal de comunicação com o sistema econômico. No caso em análise, a racionalidade jurídica indicava a uma solução infactível em termos econômicos e sociais. Por outro lado, os critérios econômicos apontavam à negação das premissas jurídicas. A decisão do tribunal – amparada pela pressuposição legislativa de contornar situações como esta – foi correta em assimilar os pressupostos de ambas as racionalidades, sem que a adoção de critérios impostos implicasse na supressão das premissas contrárias. Em termos concretos, o direito foi atendido, na medida em que declarada a inconstitucionalidade de uma norma que em desconformidade com os critérios hierárquicos do sistema legal, e, também, os pressupostos econômicos foram satisfeitos, pois a declaração de inconstitucionalidade teve seus efeitos temporais modulados, no sentido de respeitar a infactibilidade econômica de que uma racionalidade puramente jurídica implicaria. A solução buscou a conciliação entre duas racionalidades que aparentemente conflitavam e, acima de tudo, isto ocorreu dentro dos limites de contingência do sistema legal.

V. CONCLUSÃO – A JUSTIÇA DE DIKÉ

Rafael Sanzio retratou a justiça sob a forma de uma mulher angelical, que, em plano divino, concede sabedoria ao Papa. Albrecht Dürer a representou por intermédio de uma mulher de túnica, vendada, empunhando uma espada e uma balança. Joseph-François Mangin e John McComb esculpiram-na personificando uma mulher de olhos abertos. Antonio Verrio a pintou na figura da Rainha Anna, envolta por anjos.⁵⁰⁷ É possível retirar várias interpretações de tudo isso, sobretudo em razão do simbolismo envolvendo a figura da justiça.⁵⁰⁸ Por trás do senso comum, levanta-se o mistério semiótico,⁵⁰⁹ traduzido sob “a tensão inerente à definição do justo” [tradução nossa]⁵¹⁰. A justiça vendada pode colocar em questão o princípio da igualdade e sugerir uma problemática relação entre julgamento e conhecimento.⁵¹¹ A justiça empunhando uma espada pode simbolizar a submissão, a falta de misericórdia e a tendência condenatória. A justiça togada pode ser interpretada como o retrato do privilégio das elites e o distanciamento entre as carências do povo e as vestimentas dos nobres. Em suma, a personificação da justiça transparece várias questões que podem passar despercebidas, especialmente em relação à maneira simbólica com que o Estado enxerga seu dever jurídico.

Entre tantos simbolismos e interpretações, é chegada a hora de resgatar nossos metafóricos personagens, Hermes e Salomão. É o momento de nos perguntarmos sobre a justiça heterorreferencial e seus limites. Sob perspectivas distintas e conflitantes, Hermes e Salomão representam modelos idealizados de justiça. Salomão é a justiça externa. Seus julgamentos fundamentam-se naquilo que, em sua sabedoria transcendental, considera justo, a despeito de quaisquer critérios jurídicos que possam lhe orientar. Segundo o Rei de Israel, a justiça é um conceito que se sobrepõe à lei. Um critério que prescinde de normas jurídicas. Uma ideia superior ao sistema jurídico. Daí que o julgamento de Salomão não é alicerçado em nada senão sua sabedoria, seu critério de justiça. E, assim, na exata medida em que não há limites a seu conhecimento, não há balizas compartilháveis às suas decisões. Hermes, por sua vez, representa a justiça interna. A contingência do sistema legal. A aplicação de possibilidades normativas, em contextos de realidade, com a ambição de estabilização de

⁵⁰⁷ CURTIS; RESNIK, 1987, p. 1732; 1735; 1740.

⁵⁰⁸ Ibid, p. 1727.

⁵⁰⁹ Ibid, p. 1748.

⁵¹⁰ Ibid, p. 1764.

⁵¹¹ Ibid, p. 1764.

expectativas e, sobretudo, fechamento operacional. Qual modelo devemos seguir? Nenhum deles! Hermes e Salomão não são suficientemente complexos ao paradoxo de justiça que fundamenta o sistema jurídico. Salomão não compreende que, se o sistema jurídico se converte à justiça externa, pretensões particularistas deslegitimam procedimentos constitucionalmente regulados, ameaçando sua própria ideia de unidade sistêmica. Por outro lado, Hermes não observa que identificar o sistema legal com a perspectiva de justiça interna implica em grandes dificuldades de adequação social, seja sob a perspectiva de complexidade e corrupção sistêmica, seja materialmente, em total desrespeito a qualquer ideal de justiça que possa ser legítimo em um Estado Democrático de Direito. Assim, não se trata de saber qual das perspectivas é superior, pois ambas são insuficientes. A ordem hierárquica dos conceitos de justiça traz, para dentro do sistema legal, um modelo vertical de retribuição, que corrompe o pressuposto de igualdade sistêmica “e propicia, ao conceito de justiça, um *quid* de irracionalidade”⁵¹². A questão é compatibilizar as perspectivas conflitantes, por intermédio de um diálogo de impossibilidades, reconhecendo que a relação dialética entre os ideais de justiça material e o sistema legal importa em um paradoxo de complexidade que não pode ser solucionado senão na busca de equilíbrio, dado que a plenitude fática do pensamento idealizado é impossível.⁵¹³ Ou seja, não sendo possível falar em uma absoluta identificação entre as perspectivas interna e externa, a justiça do direito é justamente a experiência da impossibilidade, a busca de uma solução para um paradoxo insolúvel.

A quem incumbe a empreitada? Em regresso à mitologia grega⁵¹⁴, atribuímos a missão a Dike, a deusa helênica dos julgamentos⁵¹⁵. Ao contrário de sua mãe, a deusa da justiça, Themis, que representa um ideal de justiça abstrato, Diké não aparece com seus olhos vendados,⁵¹⁶ pois não procura representar uma justiça soberana, mas apenas a correta aplicação do direito, em dimensões autoreferenciais e heterorreferenciais. A diferença entre elas é que a justiça de Themis analisa o caso individual a partir de uma ideia de justiça

⁵¹² FERRAZ JUNIOR, 2005, p. 175.

⁵¹³ HINKELAMMERT, 1988, p. 18; 255-258.

⁵¹⁴ O simbolismo da mitologia grega é ainda muito presente em nossa cultura, especialmente no universo jurídico. Embora o cristianismo tenha eliminado ou absorvido grande parte dos símbolos pagãos, a imagem de uma mulher, despida ou vestindo túnicas gregas, vendada ou de olhos abertos, portando uma balança e, às vezes, uma espada é, ainda hoje, disseminada e facilmente reconhecida, a despeito de caracterizações religiosas. CURTIS; RESNIK, 1987, p. 1731-1734; 1741-1743.

⁵¹⁵ FERRAZ JÚNIOR, 2005, p. 173.

⁵¹⁶ Idem.

abstrata, para depois chegar a uma solução legal e justa. A justiça de Diké considera a individualidade a partir do paradoxo entre as normas da justiça e as normas do direito.⁵¹⁷ Sua perspectiva traduz-se na ideia de harmonia.⁵¹⁸ No equilíbrio paradoxal entre a justiça interna e externa; entre a contingência e a adequação social; entre a justeza das normas e as normas da justiça; entre a autorreferência e a heterorreferência. Diké sabe que não que pode restringir a aplicação e interpretação das normas jurídicas apenas ao plano de fechamento operacional, pois dessa maneira o sistema legal teria a rigidez de um cristal e não conseguiria adaptar-se à complexa e plural realidade, que caracteriza a sociedade moderna. Sabe, também, que a ‘cega’ e insensível aplicação das normas jurídicas pode implicar em situações de infactibilidade normativa, alopoiese sistêmica e, até mesmo, extrema injustiça, na absoluta negação da justiça externa. Por outro lado, Diké não se deixa cair na tentação de Salomão, que sobrepõe pressupostos de justiça heterorreferencial ao conteúdo predeterminado das normas jurídicas. Ela respeita a relação de dupla contingência entre as instituições que formulam e as que interpretam o texto legal e tem ciência de que o sistema jurídico precisa adaptar-se à realidade e manter canais de comunicação com outros subsistemas sociais, sobretudo absorvendo ideais de justiça material, em nível heterorreferencial. Sabe, no entanto, que essa dimensão heterorreferencial deve, antes de manifestar-se, ser filtrada e restringida pelas perspectivas internas do sistema. Do contrário, as fronteiras do sistema passam a ter a fluidez da névoa, não sendo possível distinguir claramente aquilo que integra o sistema. Em resumo, Diké pretende a justiça material sem se afastar da justeza das normas. Almeja a justiça heterorreferencial dentro das possibilidades conferidas pela concepção de justiça já exposta na norma jurídica, para que não torne o sistema solipsista em seu fechamento operacional e não descaracterize os marcos de diferenciação funcional, autorreflexividade e as ordenações de justiça interna.

É neste paradigma, da justeza das normas em face das normas da justiça, caracterizado pela necessidade e impossibilidade de absoluta identificação, que Diké se diferencia de Hermes e Salomão. Ela compreende que a justiça externa pressupõe a operacionalidade do sistema legal e a justiça interna reclama a legitimidade externa, sob observações materiais e formais. A argumentação da deusa dos julgamentos não se converte em favor de nenhuma das perspectivas de justiça, mas busca contornar o paradoxo, aplicando

⁵¹⁷ RADBRUCH, 1974, p. 91.

⁵¹⁸ FERRAZ JÚNIOR, 2005, p. 174.

pressupostos de justiça de acordo com as indicações normativas do sistema legal. Sua análise de justiça externa não é solipsista, mas delimitada pelo âmbito normativo já previamente definido nas normas jurídicas. Seu segredo é compatibilizar dialeticamente as possibilidades autoreferenciais e heterorreferenciais, absorvendo ideais de justiça material, mas mantendo a contingência do sistema legal. Hermes e Salomão são incapazes da tal missão, uma vez que se concentram, exclusivamente, na norma jurídica e na justiça externa, respectivamente. A jurisdição de Diké é a harmonia e a pretensão de compatibilidade entre dois pressupostos que fomentam um paradoxo. Ao contrário de Oliver Wendell Holmes, Diké sabe que é *mister* do magistrado fazer justiça.⁵¹⁹ Sabe, no entanto, que a justiça pode ser vista sob várias perspectivas, pois aquilo que é justo aos olhos de um observador, pode ser injusto aos outros.⁵²⁰ Sua missão é harmonizar estes postulados, buscando contornar o paradoxo do sistema jurídico. Diké é harmonia.⁵²¹ É equilíbrio.⁵²² É tolerância. É a *solução* de um paradoxo insolúvel. É a busca por um projeto transcendental. É a experiência do impossível no universo das limitações do possível.⁵²³ É a dialética da justiça externa com a justiça interna.⁵²⁴ Diké “é uma experiência do impossível”⁵²⁵.

⁵¹⁹ DWORKIN, 2010, p. 3.

⁵²⁰ LUHMANN, 2004, p. 105. NEVES, 2014, p. 224.

⁵²¹ FERRAZ JÚNIOR, 2005, p. 173.

⁵²² *Ibid*, p. 174.

⁵²³ HINKELAMMERT, 1988, p. 214; 258.

⁵²⁴ NEVES, 2014, p. 223-228.

⁵²⁵ DERRIDA, 2007, p. 30. NEVES, 2014, p. 228.

BIBLIOGRAFIA

AARNIO, Aulis; ATIENZA, Manuel; LAPORTA, Francisco. *Bases Teóricas de la Interpretación Jurídica*. Madri: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2010.

AARNIO, Aulus. *Lo Racional como Razanable*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

AGOSTINHO, Santo. *Confissões*. Tradução de J. Oliveira Santos e A. Ambrósio de Puna. 9. ed. Petrópolis: Vozes, 1988.

ALEXY, Robert. *Conceito e Validade do Direito*. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

ARISTÓTELES. *A política*. In Aristóteles. Tradução de Therezinha Monteiro Deutsch e Baby Abrão. São Paulo: Nova Cultura, 1999a.

_____. *A Constituição de Atenas*. In Aristóteles. Tradução de Therezinha Monteiro Deutsch. São Paulo: Nova Cultura, 1999b.

BAGGENSTOSS, Grazielly Alessandra; CADEMARTORI, Luiz Henrique. *A Coerência do Sistema Jurídico em Luhmann: uma proposta ao fechamento operacional e à abertura cognitiva da decisão judicial*. In Revista Sequência, n. 62, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BENVINDO, Juliano Z. *Julgar Por Princípios: uma crítica ao julgamento político e econômico*. In Notícia do Direito Brasileiro, v. 15, 2009.

Bíblia Sagrada – o velho e o novo testamento. Tradução João Ferreira de Almeida. 65. ed. Rio de Janeiro: Imprensa Bíblica Brasileira, 1987.

BRONZE, Fernando José Pinto. *A metodonomologia entre a semelhança e a diferença (reflexão problematizante dos pólos da radical matriz analógica do discurso jurídico)*. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

_____. *Lições de Introdução ao Direito*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

BULFINCH, Thomas. *O Livro de Ouro da Mitologia*. Tradução de David Jardim Junior. 26. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2002.

BUNGE, Mário. *O Homem é um animal racional?*. Tradução de Douglas Rodrigues Aguiar de Oliveira. 2015. Disponível em < <http://www.universoracionalista.org/o-homem-e-um-animal-racional/> >.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Tradução A. Menezes Cordeiro. 5. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2012.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

_____. *“Brançosos” e interconstitucionalidade – itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2012.

CASTANHEIRA NEVES, António. *Teoria do Direito*. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1998.

_____. *Digesta – escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*. Vol. 3. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

_____. *O Direito Hoje e com que Sentido? O problema Atual da Autonomia do Direito*. 3. ed. Lisboa: Piaget, 2012.

_____. *Metodologia Jurídica – problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

COASE, Ronald. *The Problem of Social Cost*. In *The Journal Of Law & Economics*. Vol. 3. Out/1960.

CRUZ, Flávio Antônio da. *O Confronto entre o Concurso Formal de Crimes e o Concurso Aparente de Normas Penais no Direito Brasileiro: revisão crítica sob os influxos de uma hermenêutica emancipatória*. Tese apresentada ao programa de Doutorado da Faculdade de Direito da UFPR, 2014a.

_____. *Epistemologia, Hermenêutica Constitucional e proporcionalidade: um ensaio*. In *Direito Constitucional Brasileiro*, Vol. 1. Clèmerson M. Clève (Org.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014b.

CURTIS, Dennis E.; RESNIK, Judith. *Images of Justice*. In Yale Law Journal. Vol. 96. 1987.

DERRIDA, Jacques. *Força de Lei – O Fundamento Místico da Autoridade*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DESCARTES, René. *Discurso do Método*. Tradução de Maria Ermantina Galvão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

DUSSEL, Enrique. *A Ética da Libertação – na idade da globalização e da exclusão*. Tradução de Ephraim Ferreira Alves, Jamie A. Classen e Lúcia M. E. Orth. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2012.

DWORKIN, Ronald. *The Model of Rules*. Yale Law School Legal Scholarship Repository, 1967.

_____. *Law's empire*. Cambridge: Harvard University press, 1986.

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

_____. *Uma Questão de Princípios*. Tradução de Luis Carlos Borges. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. *A Justiça de Toga*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

_____. *A Raposa e o Porco-Espinho: Justiça e valor*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

DYZENHAUS, David. *The Rule of Law as the Rule of Liberal Principle*. In Ronald Dworkin. Arthur Ripstein (org.). Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

ENGELS, Friedrich; KAUTSKY, Karl. *O Socialismo Jurídico*. Tradução de Livia Cotrim e Márcio Bilhardo Naves. 2, ed. São Paulo: Boitempo, 2012.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Poder e Justiça*. In *Direito e Poder*. Heleno Taveira Tôres (org.). Barueri: Manole, 2005.

GEBRAN NETO, João Pedro. *A Aplicação Imediata dos Direito e Garantias Individuais – a busca de uma exegese emancipatória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GOLDSTEIN, Rebecca. *Incompletude – a demonstração e o paradoxo de Kurt Gödel*. Tradução de David Gaspar. Lisboa: Gradiva, 2009.

GUEDES, Néviton. *Os princípios, as regras e os direitos fundamentais*. In Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho, Vol. III. Fernando Alves Correia *et. tal.* (Org.). Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

_____. *O criador de cabras, a nossa soberba e os muitos tons da justiça*. 2014. Disponível em < <http://www.conjur.com.br/2014-out-16/constituicao-poder-criador-cabras-nossa-soberba-tons-justica> >.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Frabis, 1997.

HABERMAS, Jürgen. *Teoria do Agir Comunicativo*. Vol. II. Tradução de Flávio Beno Siebeneicheler. São Paulo: Martins Fontes, 2012a.

_____. *A Transformação Estrutural da Esfera Pública*. Tradução de Lumir Nahodil. Lisboa: Calouste Gulbekian, 2012b.

_____. *Direito e Moral*. Tradução de Sandra Lippert. Lisboa: Instituto Piaget, 2014.

HALLAM, Elizabeth. *O Livro de Ouro dos Deuses e Deusas*. 2. ed. Tradução de Vânia de Castro. São Paulo: Ediouro, 2002.

HART, Hebert. L. A. *O Conceito de Direito*. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2011.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Frabis, 1991.

HINKELAMMERT, Franz J. *Crítica à Razão Utópica*. Tradução de Álvaro Cunha. São Paulo: Edições Paulinas, 1988.

KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e Devagar – duas formas de pensar*. Tradução de Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do Direito*. Tradução Antônio Ulisses Cortês. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2014.

- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Batista Machado. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2012.
- KING, Michael; THORNHILL, Chris. *Niklas Luhmann's Theory of Politics and Law*. New York: Palgrave MacMillan, 2003.
- KIRCHMANN, Julius Hermann Von. *La jurisprudência no es ciência*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1949.
- KORACH, Dominique. *Larousse Jovem da Mitologia*. Tradução de Maria da Anunciação Rodrigues e Fernando Nuno. São Paulo: Larousse do Brasil, 2003.
- LASSALLE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. Tradução de Walter Stöner. 2. ed. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1988.
- LEAL, Edilene M. de Carvalho. *Niklas Luhmann e a Pressão da Complexidade do Mundo. In Sociedade, Direito e Decisão em Niklas Luhmann*. Arthur Stamford da Silva e Gustavo Ferreira Santos (org.). Recife: Editora Universitária UFPE, 2009.
- LEVINAS, Emanuel. *Totalidade e Infinito*. Tradução de José Pinto Ribeiro. 3. ed. Lisboa: Edições 70, 2014.
- LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Tradução de Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1980.
- _____. *Sociologia do Direito*. Vol. I. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.
- _____. *The Creative Use of Paradoxes in Law and Legal History*. In *Journal of Law and Society*, Vol. 15, n. 2. Cardiff University, 1988.
- _____. *A improbabilidade da comunicação*. Tradução de Anabela Carvalho. Lisboa: Vega Passagens, 1992.
- _____. *Complejidad y modernidad – de la unidad a la diferencia*. Tradução de Josetxo Beriain e José Maria Garcia Blanco. Madrid: Trotta, 1998.
- _____. *El Derecho de la Sociedad*. Tradução de João Protásio Farias Domingues de Vargas. Edição: Juliana Neunschwander de Magalhães e Letícia Godinho, 2002.

_____. *Sociologia como teoria dos sistemas sociais*. Tradução de Artur Morão. In O Pensamento de Niklas Luhmann. José Manuel Santos (org.). Universidade da Beira Interior, 2005.

_____. *Law as a social System*. Tradução de Klaus A. Ziegert. New York: Oxford University Press, 2009.

LUTHER KING JR., Martin. *Letter from Birmingham Jail*. In *Why We Can't Wait*. New York: Penguin Books, 1963.

LYOTARD, Jean-François. *A Condição Pós-Moderna*. Tradução de Ricardo Corrêa Barbosa. 15. ed. Rio de Janeiro: José Olympio Editora, 2013.

MARX, Karl. *Crítica da Filosofia do Direito de Hegel*. Tradução de Rubens Enderle e Leonardo de Deus. 3. ed. São Paulo: Boitempo, 2014.

MATURANA, Humberto; VARELA, Francisco. *A Árvore do Conhecimento: As bases biológicas do entendimento humano*. Tradução de Jonas Pereira dos Santos. Campinas: Psy Editorial, 1995.

MILL, John Stuart. *Sobre a Liberdade*. Tradução de Pedro Madeira. Lisboa: Edições 70, 2014.

MONK, Ray. *Bertrand Russell – matemática: sonhos e pesadelos*. Tradução de Luiz Henrique de A. Dutra. São Paulo: Unesp, 2000.

MORIN, Edgar. *Introdução ao Pensamento Complexo*. Tradução de Dulce Matos. Lisboa: Instituto Piaget, 1991.

MORRIS, Terece. *The Criminal Area – A Study in Social Ecology*. Nova York: Humanities Press, 1958.

MÜLLER, Friedrich. *Métodos de Trabalho do Direito Constitucional*. Tradução de Peter Naumann. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

_____. *Metódica Jurídica e Sistema Político – Elementos de Teoria Constitucional II*. Tradução de Michael Kosubek. Joinville: Bildung, 2014.

NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

_____. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2013a.

_____. *A Constitucionalização Simbólica*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2013b.

_____. *Entre Hidra e Hércules – princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico*. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

OST, François. Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez. *In Revista sobre enseñanza del Derecho*, ano 4, n. 8, 2007, p.

POPPER, Karl. *A Sociedade Aberta e Seus Inimigos*. 3. ed. Tradução de Milton Amado. São Paulo: Editora Itatiaia Ltda., 1998.

PORTUGAL, André Felipe. *Devemos tolerar o terror?* *In Gazeta do Povo*. Curitiba, 2015. Disponível em: < <http://www.gazetadopovo.com.br/opiniaio/artigos/devemos-tolerar-o-terror-bzw52qj6i61kj6gsltrah43zi> >.

POSNER, Richard A. *Legal Reasoning From the Top Down and From the Bottom Up: The Question of Unenumerated Constitutional Rights*. *In The University of Chicago Law Review*, Vol. 59, n. 1, 1992.

_____. *Economic Analysis of Law*. 7. ed. Nova York: Aspen Publishers, 2007.

_____. *A Economia da Justiça*. Tradução de Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. Tradução de Prof. L. Cabral de Moncada. 5. ed. Coimbra: Arménio Amada Editor, 1974.

_____. *Five minutes of legal philosophy*. *In Oxford Journal of Legal Studies*. Vol. 26, n.1, 2006.

RASCH, Willian. *Niklas Luhmann's Modernity – The Paradoxes of Differentiaon*. Stanford: Stanford University Press, 2000.

RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

RAZ, Joseph. *Legal Principles and the limits of Law*. *In Yale Law Journal*, n. 81, 1972.

SANDEL, Michael J. *Justiça – O que é fazer a coisa certa*. Tradução de Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. 9. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012a.

_____. *O Que o Dinheiro Não Compra – os limites morais do mercado*. Tradução Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012b.

SANTOS NETO, Arnaldo Bastos; SCHWARTZ, Germano. *O sistema Jurídico em Kelsen e Luhmann: diferenças e semelhanças*. In *Revista Direitos Fundamentais e Justiça*, n. 4, 2008, Porto Alegre.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução de Luan Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SHAPIRO, Ian. *Os Fundamentos Morais da Política*. Tradução Fernando Santos. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013a.

_____. *O Que é Isto – Decido conforme minha consciência?*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013b.

TAVARES ROMAGNOLI, Marco Aurélio. *Ativismo Judicial e Políticas Públicas – Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2011.

TEUBNER, Gunther. *Constitutional Fragments – Societal Constitutionalism and Globalization*. Tradução de Gareth Norbury. Oxford: Oxford University Press, 2012.

TOMÁZ DE OLIVEIRA, Rafael. *A política e o Direito para além das meras relações de poder*. 2014. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2014-dez-06/diario-classe-politica-direito-alem-meras-relacoes-poder> >.

VILLAS BÔAS FILHO, Orlando; GONÇALVES, Guilherme Leite. *Teoria dos sistemas sociais – direito e sociedade na obra de Niklas Luhmann*. São Paulo: Saraiva, 2013.

WESTEN, Peter. *The Empty Idea of Equality*. In *Harvard Law Review*. Vol. 95, n. 3, 1882.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tratado Lógico- Filosófico * Investigações Filosóficas*. 3. ed. Tradução de M. S. Lourenço. Lisboa: Calouste Gulbekian, 2014

_____. *O Livro Azul*. Tradução Jorge Mendes. Lisboa: Edições 70, 2008.

JURISPRUDÊNCIA

STF. ED/ADI nº 3.106/MG. Relator Ministro Luiz Fux. Dje 13.08.2015.

STF. ADI 3.106/MG. Relator Ministro Eros Grau. DJe nº 24.09.2010.

STF. ADI nº 4.650/DF. Voto vencido Ministro Gilmar Ferreira Mendes. DJe 24.02.2016.