

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO

**O USO CRIATIVO DOS PARADOXOS DO DIREITO NA
APLICAÇÃO DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS:
ABERTURA, AUTORITARISMO E PRAGMATISMO NA
JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA**

GUILHERME F. A. CINTRA GUIMARÃES

Brasília

2007

GUILHERME F. A. CINTRA GUIMARÃES

**O USO CRIATIVO DOS PARADOXOS DO DIREITO NA
APLICAÇÃO DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS:
ABERTURA, AUTORITARISMO E PRAGMATISMO NA
JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA**

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de Concentração: Direito, Estado e Constituição

Orientador: Professor Doutor Cristiano Otávio Paixão Araújo Pinto

Brasília

2007

O candidato foi considerado pela banca
examinadora.

.....
Professor Doutor Cristiano Otávio Paixão Araújo Pinto

.....
Professora Doutora Juliana Neuenschwander Magalhães

.....
Professor Doutor Menelick de Carvalho Netto

Brasília, de de 2007.

“Há metafísica bastante em não pensar em nada” (Alberto Caeiro).

AGRADECIMENTOS

Todo trabalho de pesquisa é, em certa medida, um trabalho coletivo. Por mais solipsista que seja o seu autor, há sempre uma dependência direta e inevitável daquilo que já foi “dito” antes por “outros”. A memória escrita da sociedade é produto de diversos autores. Ativá-la no presente significa resgatar uma multiplicidade de passados, de memórias e histórias, de contribuições individuais diversas.

Esta dissertação constitui, acima de tudo, a manifestação individual de um trabalho coletivo. Um trabalho de pesquisa que tem sido realizado na Faculdade de Direito da Universidade de Brasília por vários alunos, professores e pesquisadores. O conteúdo não é resultado apenas ou primordialmente das idéias do seu autor, mas de um conjunto de contribuições, críticas, sugestões, aulas, discussões, conversas casuais e dicas irônicas as mais diversas. São muitos, portanto, os agradecimentos a serem feitos.

Devo boa parte da inspiração que foi necessária para o desenvolvimento deste trabalho ao Grupo de Pesquisa Sociedade, Tempo e Direito – STD (Faculdade de Direito da UnB – Plataforma Lattes do CNPq). As reuniões e discussões do grupo propiciaram a oportunidade de florescimento de um verdadeiro ambiente de pesquisa coletiva. Um trabalho construído e reconstruído continuamente, obra de diferentes autores, resultado de diversas manifestações individuais. O grupo proporcionou um espaço extremamente rico para o diálogo e a discussão dos temas estudados e trabalhados nesses dois anos de mestrado. A dissertação é apenas um exemplo desse esforço coletivo.

Um agradecimento específico deve ser feito a alguns de seus membros, que foram especialmente importantes no desenvolvimento da pesquisa. Renato, Jorge, Daniel, Fábio, Janaina e Paulo Sávio, também colegas de mestrado, e os professores Menelick de Carvalho Netto, Cristiano Otávio Paixão Araújo Pinto e Alexandre Bernardino Costa, coordenadores do grupo, foram amigos presentes nas conversas acadêmicas e não acadêmicas, nos momentos de seriedade e descontração. Agradeço a eles pela companhia, pelas críticas e sugestões, pelos encontros quase semanais no Café da Rua 8. Ao Cristiano, meu orientador nesta e em outras pesquisas, agradeço especialmente pela disposição, paciência e seriedade no acompanhamento de todo o desenvolvimento da dissertação e também pelo “olho clínico”.

Muitas outras pessoas também foram extremamente importantes. Sem a paciência, o bom humor e o carinho delas, tudo teria sido mais difícil – provavelmente, impossível. Meu pai José Alfredo Guimarães, minha mãe Maria da Paz Cintra, minha tia Marta, minha irmã Maria e Renata estiveram de perto nos momentos mais “trabalhosos”, que podem ser descritos como um misto de ansiedade, stress e mau humor. A tentativa de reversão diária desse “quadro preocupante” deve-se a eles.

Por último, agradeço a todos os meus amigos que também tiveram que me “agüentar” nesses últimos dois anos. Como diria Chico Buarque: “E a gente vai tomando, que também, sem a cachaça, ninguém segura esse rojão”. Sergay, Fino, Rodolfo, Marinex, David, Tawfic, Wallace, Bola, Baiano, Lucci, Orelha, Catitio, Dani, Lúcia, Koskov, Babau, Vanessa, Adriana e muitos outros, obrigado por me ajudarem a “segurar o rojão”.

SUMÁRIO

RESUMO	8
ABSTRACT	9
INTRODUÇÃO.....	10
1. O USO CRIATIVO DOS PARADOXOS DO DIREITO E OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS	19
1.1. A modernidade da sociedade moderna: observações, distinções, paradoxos.....	20
1.2. Os paradoxos do sistema jurídico	41
1.2.1. A constituição como forma de uma distinção	47
1.2.2. Princípios e regras: uma distinção criativa.....	62
1.3. Forma constitucional, princípios constitucionais e abertura para o futuro.....	84
2. RISCOS E LIMITES DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BASEADA EM PRINCÍPIOS	100
2.1. Argumentos morais e argumentos consequencialistas	101
2.2. A proporcionalidade na jurisdição constitucional: princípio dos princípios? ...	134
2.3. Observando algumas decisões do Supremo Tribunal Federal.....	141
2.3.1. O caso do apagão: “vamos ficar sem luz”	142
2.3.2. O caso da farra do boi: “uma turba ensandecida”	162
2.3.3. O caso Gerald Thomas: “mostrar a bunda não é crime”	173
CONCLUSÃO.....	186
BIBLIOGRAFIA	192

RESUMO

O objetivo desta dissertação é explorar, com base no referencial teórico fornecido pela teoria da sociedade moderna de Niklas Luhmann, a estrutura paradoxal dos princípios constitucionais tendo em vista observar alguns riscos que acompanham a sua aplicação pelo Supremo Tribunal Federal. Mais especificamente, os riscos de uma fundamentação autoritária e pragmática de decisões construídas, principalmente, com o auxílio do princípio da proporcionalidade, cada vez mais utilizado na jurisdição constitucional brasileira. O trabalho está dividido em dois capítulos. No primeiro capítulo, são apresentadas, inicialmente, as características estruturais da sociedade moderna a partir da perspectiva teórica adotada (tópico 1.1.). Em seguida, os princípios constitucionais são descritos como invenções paradoxais, derivadas do constitucionalismo moderno e das reflexões produzidas pela teoria jurídica contemporânea, que permitem ao sistema jurídico utilizar criativamente os seus paradoxos na construção de decisões capazes de contribuir para a manutenção da abertura para o futuro que caracteriza a modernidade (tópicos 1.2. e 1.3.). No segundo capítulo, após uma análise do papel desempenhado por argumentos morais e consequencialistas na argumentação jurídica em geral (tópico 2.1.), o princípio da proporcionalidade é interpretado como uma estratégia específica de desaparadoxização que acentua os riscos de uma leitura moral autoritária da constituição e de uma instrumentalização pragmática dos seus princípios, riscos esses observados através da análise de três casos emblemáticos julgados pelo STF (tópicos 2.2. e 2.3.). A conclusão procura demonstrar a inadequação de estratégias autoritárias e pragmáticas de desaparadoxização quando confrontadas com a estrutura aberta e diferenciada da sociedade moderna e com o funcionamento contrafático e amoral do seu direito positivo, aspectos que se refletem na própria estrutural artificial e paradoxal dos princípios constitucionais.

ABSTRACT

The main purpose of this dissertation is to explore the paradoxical structure of constitutional principles as a mean to observe some risks in their enforcement by the Brazilian Federal Supreme Court. More specifically, the risks of an authoritarian and a pragmatic justification of decisions that enforce especially the principle of proportionality, a principle more and more used by Brazilian courts. The theory of modern society formulated by Niklas Luhmann is the epistemological basis of this study. There are two chapters. The first one describes firstly the core structural characteristics of modern society as conceived by Luhmann's theory (topic 1.1.). In a further step, constitutional principles are described as a paradoxical invention of modern constitutionalism and the reflections of contemporary legal theory that makes possible legal system to use creatively his paradoxes in judicial decisions capable of maintaining the open future of modernity (topics 1.2. and 1.3.). In the second chapter, after an analysis of the role of moral and consequentialist arguments in legal reasoning (topic 2.1.), the principle of proportionality is described as a specific strategy of deparadoxification that increases the risks of an authoritarian moral reading of the constitution and of a pragmatic use of its principles, risks that are observed by the analysis of three emblematic decisions of Brazilian Federal Supreme Court (topics 2.2. and 2.3.). The conclusive remarks attempt to demonstrate that authoritarian and pragmatic strategies of deparadoxification are inappropriate because of the open and differentiated structure of modern society and because of the counterfactual and amoral functioning of its positive law, characteristics that are reflected by the artificial and paradoxical structure of constitutional principles.

INTRODUÇÃO

A palavra “princípio”, se interpretada em seu sentido literal, transmite a idéia de origem, começo, início, o “princípio a partir do qual tudo começou”. O adjetivo “constitucional” apenas reforça essa idéia. No caso, a idéia de que não se trata de um princípio qualquer, mas sim de um princípio que constitui algo, um “princípio constitucional”.

Na prática jurídica, as palavras “princípio” e “constituição” muitas vezes vêm impregnadas de um simbolismo que remonta a esses sentidos literais. Fala-se de princípio e de constituição – ou ainda, de princípio constitucional – para representar algo superior, mais importante, mais significativo. Uma decisão que aplica um princípio previsto na constituição pode ser comunicada, ao menos a “princípio”, como uma decisão que possui bons fundamentos. Uma decisão sustentada em bases suficientemente sólidas para justificar a sua aceitação, inclusive por aquele ou aqueles que se sentem prejudicados, que não se conformam com o resultado da decisão. Mesmo os inconformados devem se conformar, afinal de contas, a decisão aplicou um “princípio constitucional”! Que dirão os inconformados, então, quando se demonstra (ou se supõe) que a decisão foi razoável, proporcional, ponderada, que deu preferência aos valores mais importantes e ainda fez de tudo para não sacrificar totalmente os que foram, de certo modo, deixados de lado?

A dimensão simbólica e persuasiva dos princípios constitucionais parece já ter se incorporado definitivamente à cultura jurídica e constitucional brasileira. O interesse pelo tema tem sido cada vez maior, o que se reflete na publicação e divulgação de artigos, livros e manuais que tratam da relevância dos princípios, seus métodos de

aplicação, sua utilização na fundamentação de decisões judiciais, sua importância para a interpretação constitucional e para a concretização dos direitos fundamentais¹.

A atenção que vem sendo dedicada ao tema sugere a necessidade – ou, ao menos, a possibilidade – de se lançar um olhar diferenciado. Um olhar que procure estranhar aquilo que é dado como pressuposto, que procure observar, entre outras coisas, como os juristas observam o mundo a partir dos princípios constitucionais, isto é, como os utilizam, na prática, para a fundamentação de decisões sobre casos concretos.

Não se trata certamente de uma observação privilegiada. Nas palavras de Niklas Luhmann e Raffaele De Giorgi: “O observador do observador não é um observador ‘melhor’: é somente um outro”². Essa observação da observação – ou, como será visto mais adiante, observação de segunda ordem – permite ver aquilo que os observadores observados não vêem. Ou melhor, permite ver como eles não vêem que não vêem aquilo que não vêem. O que eles não vêem não é uma verdade ou realidade última, à qual se poderia ter acesso por meio de uma observação privilegiada ou mais rigorosa. Realidade e verdade serão interpretadas aqui simplesmente como construções de um observador que, para observar, precisa estabelecer distinções. O que lhes escapa é a percepção de que aquilo que dão como pressuposto pode ser de outro modo, de que o que vêem como natural e necessário também pode ser descrito como artificial e contingente.

¹ A título de exemplo, cf. Barcellos e Barroso (2005), Barroso (2003), Coelho (2003) e Mendes (2004).

² “L’osservatore dell’osservatore non è un osservatore ‘migliore’: è solo un altro” (Luhmann e De Giorgi, 1994, p. 400). Optou-se, na exposição, pela tradução para a língua portuguesa das passagens consultadas em outros idiomas, em favor da fluência do texto. A responsabilidade pela tradução pertence inteiramente ao autor da presente dissertação, estando preservadas, evidentemente, as referências originais na bibliografia.

Apontar a artificialidade e a contingência de uma observação pode ser necessário – sempre para um observador, é claro – quando à naturalização de alguns de seus pontos de vista estejam associados riscos que mereçam ser analisados e discutidos com bastante cautela. Esse parece ser o caso, como se buscará demonstrar ao longo desta dissertação, da forma como os princípios constitucionais têm sido aplicados na jurisdição constitucional brasileira, mais especificamente na fundamentação de decisões pelo Supremo Tribunal Federal.

A utilização de princípios confere uma abertura significativa à atividade de interpretação constitucional. Os princípios expandem o campo argumentativo do direito. Sua indeterminação semântica permite a fundamentação de decisões para além dos estreitos limites do modelo positivista tradicional, em que a aplicação de normas é vista como algo mecânico, como a subsunção de fatos específicos e bem delimitados a regras claras de conteúdo determinado ou facilmente determinável. Esse modelo se tornou anacrônico no decorrer do século XX com a crescente proliferação de normas desconexas e a percepção da complexidade cada vez maior da realidade social. Diante de fatos complexos e de normas imprecisas, o juiz não pode apenas se lamentar. Ele tem que decidir. Mas como? A resposta é: com o auxílio dos princípios.

Os princípios podem ser entendidos como “curingas” – ou como “trunfos”, segundo Ronald Dworkin³. Por meio deles, o juiz pode ultrapassar as antinomias e incoerências da legislação, recorrendo a critérios e argumentos que são, de certa forma, re-introduzidos no direito. Pode reconstruir o caso concreto de modo a identificar, com base nos princípios, a norma adequada a ser aplicada. Afinal de contas, há sempre uma “resposta correta” para todos os casos ou, ao menos, uma resposta que deva ser apresentada como correta, pois o problema deve ser solucionado, o caso tem que ser

³ Dworkin (2002).

decidido. E o juiz deve procurar decidi-lo (ou comunicar que o decidiu) da melhor forma possível, já que “a não decisão não é permitida”⁴.

Essa abertura é reforçada quando os princípios são entendidos como princípios constitucionais, isto é, como princípios previstos de forma explícita ou implícita na constituição – de acordo com algumas descrições tradicionais, princípios extraídos das decisões adotadas pelo próprio povo com o objetivo de regular a vida em sociedade⁵. Isso confere uma legitimidade que reforça significativamente a função e a utilidade dos princípios. Como se buscará demonstrar mais adiante, a associação da figura dos princípios com a idéia de constituição radicaliza, na prática jurídica, a possibilidade de abertura para o futuro que caracteriza a sociedade moderna. Abertura para o futuro que também pode ser descrita como democracia.

Todavia, o caráter indeterminado e aberto dos princípios não deve ser compreendido como sinônimo de “vale tudo”. Existem limites que podem ser identificados (ou construídos) a partir de uma reflexão acerca da própria estrutura e função do direito e da constituição na sociedade moderna. A demarcação desses limites oferece a possibilidade de observar alguns riscos envolvidos na aplicação dos princípios constitucionais. A proposta é, então, analisar dois riscos especialmente relevantes e que têm se tornado recorrentes na fundamentação de decisões pelo Supremo Tribunal Federal.

O primeiro diz respeito à moralização excessiva das decisões judiciais derivada de uma leitura autoritária da constituição. Os princípios são, por “princípio”, indeterminados. Sua natureza indeterminada abre espaço para a avaliação moral, por parte do aplicador, dos critérios a serem adotados na construção das decisões. A carga

⁴ Luhmann (1990b, p. 160).

⁵ Bonavides (2002).

moral da decisão, em si, não é um problema quando se admite que a amoralidade, no sentido de completa neutralidade, não é e nem nunca foi possível. Todo observador, para observar, precisa traçar uma distinção, assumindo uma posição no mundo. Com um juiz, obviamente, não poderia ser diferente. Contudo, quando os argumentos são orientados por critérios do tipo “bom” ou “mau” há o risco de que os fundamentos da decisão sejam naturalizados, tornando-se quase inquestionáveis. O papel do observador é subestimado devido à “bondade intrínseca” dos seus valores. O conteúdo moral da decisão é, então, comunicado como algo natural e necessário. A artificialidade e a contingência dos valores são ocultadas para que a decisão possa ser imposta como vinculante para todos os envolvidos. E esse ocultamento pressupõe não tanto o caráter absoluto e universal dos valores – um outro observador pode sempre discordar da “validade dos valores” –, mas sim a autoridade daquele que decide. Nesse caso, do juiz, que está obrigado a decidir para que a sua decisão se torne obrigatória. O judiciário corre, assim, o risco de se transformar em uma instância autoritária – uma espécie de “superego da sociedade”, nas palavras de Ingeborg Maus⁶.

Já o segundo está associado à possibilidade de instrumentalização pragmática dos princípios quando as decisões são adotadas com o objetivo de produzir determinadas conseqüências, em geral de natureza política ou econômica. Essa possibilidade é usualmente refletida por argumentos que defendem ser função da jurisdição contribuir para a manutenção da “governabilidade” e da “estabilidade da economia”, adotando decisões que não interfiram na capacidade do governo de “gerir os interesses da coletividade” e que incrementem as condições necessárias ao “crescimento econômico do país”⁷. O caráter normativo e contrafático do direito é, assim,

⁶ Maus (2000).

⁷ Um dos maiores defensores da tese de que o Poder Judiciária em geral e o Supremo Tribunal Federal em particular devem adotar decisões favoráveis à “governabilidade política e econômica do país” é o ex-

subordinado a sua capacidade de produzir decisões cujos efeitos sejam supostamente benéficos para a sociedade como um todo. A prática jurídica passa a ser visualizada, em certa medida, como um exercício de engenharia social. O futuro é interpretado como um critério para a decisão. No entanto, “o futuro nunca começa”⁸. Ele permanece sempre como o horizonte inobservável de possibilidades que poderão ou não se realizar. Em outras palavras, o futuro é arriscado⁹. Isso levanta sérios problemas quando um princípio constitucional é utilizado para fundamentar uma decisão tendo em vista as “boas conseqüências” que poderão ser produzidas no futuro.

Tanto o risco de uma leitura moral autoritária da constituição quanto o de uma instrumentalização pragmática dos seus princípios parecem ser significativamente incrementados quando a decisão de um caso é construída com base em critérios de proporcionalidade, razoabilidade, ponderação. Na jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal, o princípio da proporcionalidade tem sido constantemente utilizado não apenas como um princípio constitucional entre outros, mas como uma espécie de “princípio dos princípios”, como princípio que serve de critério para a solução de conflitos entre princípios, como um “limite dos limites”¹⁰. Essa utilização constante, automática e, em muitos casos, irrefletida sugere a necessidade de que seja dada uma atenção especial a esse princípio, pois há fortes indícios de que, pela “porta da proporcionalidade”, são re-introduzidos no direito diversos argumentos e valores morais, políticos e econômicos que contribuem para incrementar os riscos de autoritarismo e de pragmatismo na jurisdição constitucional brasileira.

Presidente do STF Nelson Jobim. A título de exemplo, cf. a notícia “Lula lembra JK para atacar seus críticos”, publicada no jornal Valor Econômico e veiculada no sítio eletrônico: <http://clipping.planejamento.gov.br/Noticias.asp?NOTCod=247240>. Para uma crítica à utilização de critérios políticos e econômicos na fundamentação de decisões judiciais, com referências ao posicionamento defendido pelo ex-Presidente do Supremo Tribunal Federal, cf. Benvindo (2006) e Maia (2006).

⁸ Luhmann (1982a, p. 271-288).

⁹ Luhmann (2005b).

¹⁰ Cf. Barros (2003, p. 157-184) e Mendes (2004, p. 1-106).

As análises buscarão apoio na teoria da sociedade desenvolvida por Niklas Luhmann, em especial na sua descrição do direito moderno como um sistema funcionalmente diferenciado capaz de se auto-observar. Essa descrição sociológica parte do pressuposto de que, na produção recursiva das suas próprias operações, o sistema jurídico se baseia em simplificações que constrói para esconder de si mesmo a sua realidade paradoxal¹¹.

De acordo com Luhmann, “há paradoxos em todo lugar sempre que procuramos por fundações”¹². A auto-referência e a circularidade que caracterizam o direito positivo da sociedade moderna indicam que o seu fundamento ou fundação originária não pode mais ser identificado a partir de uma referência externa – um direito natural, por exemplo. Na modernidade, o direito funda a si mesmo em cada uma de suas operações. Essa forma de fundação circular e auto-referente encerra um paradoxo que é constantemente escondido, ocultado, invisibilizado. Ao esconder seus próprios paradoxos, o sistema se auto-simplifica de uma maneira criativa. Ele é forçado a traçar uma distinção que torna assimétrica a circularidade da sua auto-referência. Apenas desse modo o sistema pode observar a si mesmo enquanto sistema em operação.

Uma simplificação extremamente criativa pode ser obtida com o recurso à idéia de um princípio, ainda mais quando se trata de um princípio – conforme observado no “princípio” desta introdução – que constitui algo, um “princípio constitucional”.

Os princípios constitucionais podem, então, ser interpretados como figuras duplamente paradoxais. Em primeiro lugar, devido a sua estrutura altamente indeterminada, comumente utilizada como referência para distingui-los das demais espécies de normas que possuem, teoricamente, significados mais bem delimitados: as

¹¹ Magalhães (1997, p. 245).

¹² “There are paradoxes everywhere, wherever we look for foundations” (Luhmann, 1988, p. 154).

regras. Em segundo lugar, porque remetem à norma que confere validade a todas as demais normas, isto é, à constituição, norma por meio da qual as próprias normas são distinguidas em constitucionais e infraconstitucionais.

Ao construir suas decisões a partir da aplicação de princípios constitucionais, o sistema jurídico se desparadoxiza. Seu paradoxo constitutivo é utilizado criativamente na formulação de critérios que viabilizam a decisão do caso mesmo na hipótese em que os fatos são controversos, e as normas, incoerentes. Para o sistema não há outra opção: o paradoxo tem que ser ocultado, o juiz tem que decidir.

Há, portanto, boas razões para desconfiar dos métodos “racionais” e “objetivos” e dos critérios “proporcionais”, “razoáveis” e “ponderados” por meio dos quais o Supremo Tribunal Federal fundamenta as suas decisões, ainda mais quando se está diante dos riscos apontados acima. Por trás de todo “bom fundamento”, há sempre um paradoxo. Um paradoxo que será interpretado aqui como um indício de aquilo que foi decidido poderia ter sido de outro modo, de que, para além de posturas autoritárias e pragmáticas, existem outras possibilidades aparentemente mais adequadas.

A dissertação está dividida em dois capítulos. No primeiro, com o auxílio da teoria da sociedade de Niklas Luhmann, os princípios constitucionais serão interpretados como artifícios por meio dos quais o sistema jurídico utiliza criativamente os seus paradoxos na construção de suas decisões. A figura dos princípios será, então, contextualizada em relação ao significado e às características estruturais da modernidade, em que todo o direito só pode ser concebido como direito positivo, tendo em vista, principalmente, o surgimento da forma constitucional. No segundo capítulo, serão analisadas três decisões do Supremo Tribunal Federal em que são aplicados princípios constitucionais, em especial o princípio da proporcionalidade. O objetivo será

demonstrar que a abertura e a indeterminação dos princípios, embora extremamente importantes para a manutenção da estrutura aberta e diferenciada da sociedade moderna, têm sido utilizadas, em alguns casos, de uma forma no mínimo inadequada.

1. O USO CRIATIVO DOS PARADOXOS DO DIREITO E OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Neste primeiro capítulo, serão destacados, inicialmente, alguns pontos centrais da teoria da sociedade de Niklas Luhmann. Partindo da sua descrição das características estruturais da modernidade, será possível observar como o sistema do direito opera a partir de um constante ocultamento dos seus próprios paradoxos. Um primeiro ocultamento é efetuado paralelamente à positivação do direito e está associado ao surgimento da constituição como forma, como norma superior de todo o ordenamento. A afirmação dessa norma (ou forma) contribui para a completa diferenciação do sistema jurídico, possibilitando, simultaneamente, que a sociedade possa se expor a um futuro em aberto. Um outro ocultamento diz respeito à construção teórica da distinção entre princípios e regras, introduzida sob o pretexto de superar as dificuldades enfrentadas pela prática jurídica ao longo do século XX. A combinação da figura dos princípios com a idéia de forma constitucional permite que a abertura para o futuro característica da sociedade moderna seja operacionalizada, na prática jurídica, de uma maneira criativa. Os princípios constitucionais serão, então, interpretados como construções paradoxais que tornam possível essa abertura. Abertura que, todavia, não pode ou, ao menos, não deve ser entendida como um “vale tudo”. Existem limites que, quando demarcados, permitem observar os riscos de uma jurisdição constitucional baseada em princípios, o que será objeto do segundo capítulo.

1.1. A modernidade da sociedade moderna: observações, distinções, paradoxos

Em um ensaio intitulado “A crise do Estado de bem-estar e o esgotamento das energias utópicas”, Jürgen Habermas faz a seguinte afirmação a respeito da peculiaridade da sociedade moderna:

Desde o final do século XVIII, a história é entendida como um processo que abrange o mundo todo, gerando problemas. Nela, o tempo é tido como fonte para a solução de problemas, escassa e orientada para o futuro, que o passado nos deixou. Todavia, os passados exemplares, que poderiam ser tomados como modelos de orientação para o presente, se embaçaram. Isso significa a modernidade não poder mais extrair seus padrões orientadores dos modelos de outras épocas. A modernidade descobre que depende exclusivamente dela própria – ela tem que extrair sua normatividade de si mesma. E, a partir de agora, a atualidade autêntica constitui o lugar onde a continuidade da tradição se cruza com a inovação¹³.

A dissolução da antiga ordem pré-moderna foi responsável pelo progressivo abandono das cosmovisões unificadas de mundo, que antes podiam se sustentar em uma estrutura social estratificada. Os estratos superiores, por deterem, de certo modo, o monopólio da comunicação, forneciam descrições passíveis de serem impostas de forma vinculante para toda a sociedade. Reconstruções seletivas do passado eram facilmente naturalizadas, servindo de guia para a orientação no presente e indicando que, no futuro, as coisas não seriam (ou não deveriam ser) muito diferentes.

Com o rompimento da velha ordem, o mundo se desencantou. O que antes era natural e necessário passou a ser percebido como artificial e contingente. A diluição dos modelos normativos fornecidos pelo passado fez com que, nas palavras de Habermas, “a modernidade descobrisse que depende exclusivamente dela mesma”.

¹³ Habermas (2005, p. 9-10).

A constatação dessa auto-dependência – auto-referência, diria Luhmann – levou a sociedade a se confrontar cada vez mais com os resultados das suas próprias ações, com os riscos das suas próprias decisões¹⁴. A percepção parece ser, então, a de que a modernidade se tornou reflexiva¹⁵.

Essa reflexividade tipicamente moderna pode ser interpretada, de acordo com Luhmann, como o resultado do predomínio da diferenciação funcional como forma de estruturação básica da sociedade moderna¹⁶. A partir do momento em que a divisão social em camadas hierárquicas é questionada e, assim, desnaturalizada – leia-se igualdade e liberdade para todos –, a produção social de sentido por meio da comunicação se autonomiza e, ao mesmo tempo, se dilui em diversos sistemas diferenciados e especializados na realização de uma determinada função. E nisso consiste, basicamente, a modernidade da sociedade moderna.

A partir das premissas propostas pela teoria da sociedade, as conseqüências daí advindas são, de certa forma, surpreendentes e inovadoras. Tais premissas incorporam as descobertas recentes das mais diversas disciplinas, como biologia, neurofisiologia, física, lógica das formas, lógica multivalente ou policontextual, cibernética de segunda ordem, ciências da cognição, entre outras. Tudo isso, combinado com influências da sociologia clássica (Max Weber, principalmente) e sistêmica (Talcott Parsons) e da fenomenologia de Edmund Husserl, conferem à proposta

¹⁴ De acordo com Ulrich Beck: “fala-se em risco ali onde a natureza e a tradição perderam a sua validade ilimitada e se tornaram dependentes de decisões” (Beck, 2003, p. 114).

¹⁵ Beck, Giddens e Lash (1997).

¹⁶ Luhmann (1996a, p. 126-132) e Luhmann (2002, p. 123-126).

luhmanniana denominada “iluminismo sociológico” um caráter efetivamente multidisciplinar¹⁷.

Esse vasto campo de influências pode ser resumido em um denominador comum: construtivismo radical ou, como preferia Luhmann, construtivismo operativo¹⁸. Nos passos de uma epistemologia construtivista, o sociólogo alemão descreve a sociedade moderna como o sistema universal de todas as comunicações, em que o sentido social é construído de forma policontextual por meio da formação de subsistemas específicos¹⁹.

Tendo em vista os objetivos estreitos e específicos desta dissertação – e colocando sempre em destaque essa postura construtivista –, é necessário partir de algumas seleções bastante restritivas na apresentação dos pontos centrais da teoria que interessam às análises que serão posteriormente desenvolvidas. A opção foi a de partir da tríade conceitual: observação, distinção, paradoxo.

O conceito de observação está ligado à lógica das formas desenvolvida pelo matemático inglês George Spencer Brown²⁰. Observar algo significa efetuar uma distinção, traçar um corte no mundo, dividir o mundo em dois lados, indicando um deles como o ponto de partida. O outro lado permanece inicialmente excluído, pois não é possível indicar os dois lados ao mesmo tempo, sob pena de anular a distinção. É possível cruzar a distinção, isto é, passar de um lado ao outro, mas somente por meio de

¹⁷ Sobre os principais aspectos dessa proposta de “iluminismo sociológico”, cf. Luhmann (1973, p. 92-138). Sobre os fundamentos teóricos da sociologia luhmanniana, cf. Luhmann (1997, p. 60-74). Sobre a multidisciplinariedade da teoria da sociedade de Luhmann, cf. Araújo Pinto (2002, p. 161-162).

¹⁸ Sobre o caráter construtivista da teoria da sociedade, cf. Luhmann (1997, p. 92-111) e Luhmann (2002, p. 128-152).

¹⁹ Sobre o conceito de sociedade como sistema universal da comunicação, cf. Luhmann (1997, p. 75-91).

²⁰ Sobre a utilização da lógica das formas pela teoria da sociedade, cf. Luhmann (1996a, p. 61-75 e 115-125). Para uma introdução sintética à sociologia luhmanniana a partir do conceito de observação, cf. Andersen (2003).

uma outra operação, que, por sua vez, requer tempo para ser efetuada – ou seja, requer uma outra distinção, aquela entre antes e depois²¹.

Esse conceito de observação é um conceito formal. A observação é uma forma de dois lados. Ela representa a unidade de uma distinção, a unidade daquilo que é possível observar a partir de uma distinção. Seus objetos – se é que se pode falar em objetos – não são nunca unidades ou identidades, mas apenas diferenças²².

Com o auxílio de uma forma, de uma operação que introduz a diferença entre distinção e indicação, o mundo pode ser observado por meio de um corte que demarca dois lados. A observação introduz uma cisão no mundo, uma separação entre o que é distinguido pela distinção e o que não é. O que escapa a uma inclusão estrita em um dos dois lados da forma permanece inobservável como o espaço não demarcado, o *unmarked space*, cuja possibilidade de observação é projetada para o futuro, pois requer uma outra distinção que complementa, acrescentando algo de novo, a distinção inicial²³.

Todas as distinções, contudo, permitem observar apenas aquilo que elas mesmas distinguem. A distinção inicial atua como uma espécie de ponto cego para as observações que, a partir dela, são possíveis. A tentativa de re-introduzir a distinção no âmbito daquilo que ela distingue, isto é, observar a distinção através da própria distinção constitui algo que também exige tempo. Esta operação de reentrada dá origem a um paradoxo²⁴. O observador se depara com o seu ponto cego, com a unidade daquilo que, para ele, é tratado como distinção, com o paradoxo da identidade na diferença: o de

²¹ Luhmann (1996a, p. 64-68).

²² Sobre o conceito de identidade como diferença, Luhmann (2002, p. 113-127).

²³ Luhmann (2002, p. 85-86).

²⁴ Sobre o conceito de reentrada ou *re-entry*, cf. Baraldi, Corsi e Esposito (1996, p. 135-136).

uma distinção que é tratada, simultaneamente, como igual e como diferente, como distinção observada e como distinção observante²⁵.

A teoria da sociedade de Luhmann propõe um esquema próprio de observação do mundo. Propõe que o mundo seja observado a partir da distinção entre sistema e ambiente²⁶. Como o resultado de uma distinção, o sistema não possui uma qualidade ontológica própria. O sistema não é uma coisa. Ele existe tão somente como um dos lados de uma distinção, cujo outro lado é o ambiente. Como a construção de um observador que decide observar o mundo por meio da distinção sistema/ambiente.

Efetuada a distinção entre sistema e ambiente e indicado um de seus lados, o lado da forma sistema, como o ponto de partida para a observação, é preciso definir aquilo que se pretende observar com essa distinção. No caso, como se trata de uma teoria sociológica, é preciso definir em que consiste a sociedade, como ela pode ser descrita como um sistema – mais especificamente, como um sistema social.

De acordo com Luhmann, um sistema social é uma diferença que se auto-reproduz constantemente no tempo a partir de uma única operação: a comunicação. A comunicação é, então, interpretada como a operação genuinamente social, capaz de se auto-reproduzir – reproduzindo, assim, a distinção sistema/ambiente – através de uma rede recursiva, em que toda comunicação pressupõe comunicações anteriores, assim como é o ponto de partida para a produção de futuras comunicações:

²⁵ Nos termos da teoria da sociedade, “os paradoxos surgem quando as condições de possibilidade de uma operação são, ao mesmo tempo, as condições da sua impossibilidade” (Baraldi, Corsi e Esposito, 1996, p. 123).

²⁶ “Pode-se admitir que, até então, a teoria dos sistemas não tinha conseguido formular, com suficiente radicalidade, a diferença entre sistema e ambiente. Atualmente estão disponíveis para isso melhores possibilidades que foram desenvolvidas, no entanto, fora da teoria dos sistemas. Isso vale sobretudo para o cálculo das formas desenvolvido por George Spencer Brown (...). Brown começa com a constatação de que algo só pode ser designado quando pode ser diferenciado. “Draw a distinction” é, portanto, a primeira instrução do seu cálculo. O ato de diferenciar leva à marcação de uma forma que, em consequência, sempre tem dois lados: o designado e aquilo do qual é diferenciado. Aplicando-se a teoria dos sistemas seria preciso dizer respectivamente: o sistema e seu ambiente” (LUHMANN, 1997, p. 61-62).

A comunicação é uma operação genuinamente social (e a única genuinamente social). É uma operação social porque pressupõe o concurso de um grande número de sistemas de consciência, mas, precisamente por isso, como unidade não pode ser atribuída a nenhuma consciência individual. É social porque de nenhum modo pode ser produzida uma consciência comum coletiva, isto é, não se pode chegar a um consenso no sentido de um acordo completo; e, todavia, a comunicação funciona. (...) do ponto de vista da análise da *forma*, o sistema é uma diferença que se produz constantemente a partir de um só tipo de operação. A operação possibilita a reprodução da diferença *sistema/ambiente* na medida em que produz comunicação somente por meio de comunicação²⁷.

Interpretada como o sistema universal de todas as comunicações, a sociedade não pode mais ser concebida como um todo orgânico composto de diversas partes – no caso, de seres humanos. Os homens, enquanto sistemas psíquicos produtores da sua própria complexidade, constituem um ambiente para a sociedade. Isto não significa, de forma alguma, menosprezar a importância ou mesmo admitir que a sociedade possa prescindir dos homens. Significa apenas que, se entendida a partir do conceito de comunicação, a sociedade não constitui uma mera extensão do homem – “qual dos mais de cinco bilhões?”, indaga ironicamente Luhmann²⁸.

Sistemas sociais são formas de comunicação que produzem sentido, são construções sociais – e, portanto, comunicativas – de sentido no tempo. Na modernidade, essa construção de sentido possui, conforme visto acima, características peculiares em decorrência da percepção generalizada de uma inevitável auto-dependência ou, nos termos da teoria da sociedade, auto-referência.

A auto-referência da sociedade moderna, essa constatação de que ela “só depende dela mesma”, é o resultado da crescente secularização da semântica social, do anacronismo progressivo das descrições unificadas, totalizantes e universais de mundo.

²⁷ Luhmann (1996a, p. 69).

²⁸ Luhmann (2002, p. 127).

É também o resultado do predomínio cada vez maior da diferenciação funcional como forma primária de estruturação da comunicação e, portanto, da sociedade²⁹.

O predomínio da diferenciação funcional significa que, no interior da sociedade moderna, se diferenciam diversos sistemas sociais parciais – como, por exemplo, direito, política, economia, ciência, educação, etc. – especializados na reprodução comunicativa de determinados âmbitos de sentido e no desempenho de uma determinada função, ligada à resolução de um problema específico da comunicação. Essa diferenciação interna, responsável pela formação de subsistemas, pode ser observada como uma operação de reentrada da distinção sistema/ambiente. A distinção é re-introduzida no lado da forma sistema, que passa a conter, assim, no seu interior, diversos outros subsistemas, cada qual com o seu respectivo ambiente. O ambiente de um subsistema é, então, composto por todos os outros subsistemas, além do ambiente da própria sociedade, entendida como sistema social global³⁰.

Os sistemas sociais parciais constituem âmbitos de comunicação autônomos. A autonomia representa a capacidade do sistema de reproduzir suas operações a partir das próprias operações, e de nada mais. Nos termos da teoria da sociedade, essa capacidade é designada pelo conceito de autopoiesis³¹.

A autopoiesis pressupõe o completo fechamento do sistema quanto as suas operações. As operações de um sistema não são determinadas nunca por fatores externos, por influências localizadas no ambiente. Só o sistema pode produzir as suas operações e sempre a partir de uma rede recursiva das próprias operações. Não há

²⁹ Sobre as diferentes formas de diferenciação e sobre o predomínio da diferenciação funcional na estruturação da sociedade moderna, cf. Luhmann e De Giorgi (1994).

³⁰ Sobre o conceito de diferenciação da sociedade, cf. Baraldi, Corsi e Esposito (1996, p. 58-63). Para uma descrição da sociedade mundial como sistema social, cf. Luhmann (1982b).

³¹ Sobre a utilização do conceito de autopoiesis, originário da biologia, pela teoria da sociedade, cf. Luhmann (1990a, p. 1-20) e Luhmann (1996a, p. 90-95).

autonomia relativa e nem gradualidade na autopoiesis: ou um sistema é fechado ou não faz sentido denominá-lo de sistema. Conforme visto acima, o sistema não é uma coisa que se possa ver ou tocar. É apenas a construção de um observador, um dos lados de uma distinção por meio da qual se observa o mundo – nesse caso, a sociedade. Admitir a interferência do ambiente no sistema equivale a anular a própria distinção entre sistema e ambiente, a tornar inútil a sua utilização como forma de observação³².

Um sistema pode, ao processar informações, atribuir determinados eventos ao seu ambiente. Trata-se, contudo, de uma operação do próprio sistema. Como não há nunca contatos diretos com o mundo exterior, a visão que o sistema tem do seu ambiente é sempre o produto de uma construção interna. Um produto da percepção interior acerca da distinção sistema/ambiente, que também pode ser descrito por meio da distinção entre auto-referência e hetero-referência. A auto-referência indica que um evento processado pela comunicação foi atribuído ao próprio sistema. A hetero-referência, ao contrário, indica que um evento foi atribuído ao ambiente do sistema. Em ambos os casos, no entanto, a atribuição mesma é um produto do sistema. É ele que se refere, no desenrolar das suas operações, a si mesmo ou ao seu ambiente³³. O sistema jurídico, por exemplo, comunica as suas decisões como o resultado da aplicação de normas internas (auto-referência) aos fatos do mundo (hetero-referência), embora os fatos só tenham relevância jurídica quando considerados em relação a uma determinada

³² Sobre o fechamento operacional dos sistemas, cf. Luhmann (1996a, p. 77-89).

³³ “O sistema reage de maneira mais sensível a eventos e processos internos do que a eventos e processos do ambiente (pois não poderia considerá-los todos) e, com isto, apresenta uma relativa indiferença a estes últimos. A atribuição interna ou externa é, no entanto, uma estratégia interna para a orientação das operações do sistema: o que é atribuído ao exterior depende das estruturas internas e, ao se orientar em relação ao ambiente, o sistema reage a algo que ele mesmo construiu (ainda que não seja capaz de dominá-lo)” (Baraldi, Corsi e Espósito, 1996, p. 150).

norma que incide sobre eles, ou seja, após uma reconstrução efetuada com base em critérios jurídicos, isto é, critérios internos ao sistema³⁴.

Os limites entre sistema e ambiente não são limites ontológicos, são limites traçados por um observador, que pode ser o próprio sistema. Em cada uma de suas operações, o sistema expande os seus limites, reconstruindo a sua relação com o mundo exterior³⁵. Os limites são traçados não para excluir o sistema do mundo, isolando-o empiricamente de todos os acontecimentos externos, mas apenas para garantir discontinuidades e evitar causalidades diretas entre o sistema e o seu ambiente, para assegurar que o sistema possa processar autonomamente a complexidade extremamente variada e abundante que provém do ambiente.

Apenas quando o sistema é autônomo quanto a suas operações é que ele pode ser expor ao aprendizado. O fechamento operacional é, portanto, uma condição de possibilidade para a abertura cognitiva³⁶. Nesse sentido, paradoxalmente, o sistema é aberto porque é fechado. Somente quando possui capacidade suficiente para tratar de maneira autônoma a sua própria complexidade é que pode se expor à complexidade do ambiente.

Existem mecanismos que possibilitam e incrementam essa abertura do sistema ao seu ambiente por meio de conexões altamente seletivas. Nos termos da teoria da sociedade, tais mecanismos são denominados de acoplamentos estruturais. Embora não interfiram diretamente na reprodução recursiva das operações internas, eles permitem que o sistema pressuponha determinados estados, características ou mudanças

³⁴ Luhmann (1993b, p. 59 e 63).

³⁵ Luhmann (2002, p. 133-134).

³⁶ Sobre a relação complementar entre fechamento operacional e abertura cognitiva, cf. Luhmann (1992, p. 1419-1425).

no seu ambiente, confiando estruturalmente neles³⁷ – conforme será tratado mais adiante, a constituição pode ser observada como uma forma de acoplamento estrutural entre os sistemas do direito e da política.

O que permite a recursividade das operações do sistema, seu fechamento operacional, é também uma distinção, por meio da qual o sistema observa a si mesmo e ao seu ambiente. Esta distinção é utilizada como um código binário no processamento de informações internas (auto-referentes) ou externas (hetero-referentes)³⁸. A partir dela, todos os “ruídos” do ambiente, assim como todos os elementos do sistema, são submetidos a uma drástica redução, a uma alocação compulsória em um dos dois lados do código. O sistema, assim, se auto-simplifica. Tudo o que existe passa a ser observado de um ou de outro lado da distinção. O sistema jurídico, por exemplo, pode oferecer resposta a todas as demandas que lhe são dirigidas ao classificá-las, com o auxílio do seu código binário, como conformes ou contrárias ao direito, como direito ou não-direito.

A interpretação da sociedade e dos seus âmbitos autônomos de comunicação como sistemas autopoieticos reflete, de certo modo, a auto-referência que caracteriza a modernidade, o fato de que a sociedade moderna deve produzir seus próprios horizontes, sua própria normatividade, sua própria percepção acerca de si mesma sem a possibilidade de recorrer a uma instância supostamente externa, absoluta, universal, atemporal. Tudo o que se produz na sociedade se produz através da comunicação. Uma comunicação estruturalmente diferenciada em centros funcionais específicos e autônomos. A religião não detém mais o controle hierárquico da produção social de sentido. Tornou-se apenas mais um entre outros sistemas diferenciados da comunicação.

³⁷ Luhmann (1992, p. 1432) e Luhmann (1993b, p. 316).

³⁸ Sobre o conceito de código binário, cf. Baraldi, Corsi e Esposito (1996, p. 40-43).

O exercício do poder também não pode mais ser justificado com base em descrições teológicas e morais da sociedade. A política deve extrair sua legitimidade da constituição, da soberania popular. O Estado agora é descrito como Estado de Direito. O direito natural não possui mais vigência absoluta. Seus conteúdos foram constitucionalizados, foram transformados em direito positivo.

Como resultado da diferenciação funcional, não existem mais pontos de vista privilegiados para a observação da sociedade. Não há mais uma distinção única a partir da qual ela deva necessariamente ser descrita. Cada sistema parcial de comunicação produz a sua própria descrição da sociedade com base em seu código binário específico. A sociedade moderna é, simultaneamente, a sociedade capitalista (ou, em alguns casos, socialista), a sociedade democrática (em casos extremos, totalitária), a sociedade do direito positivo, das grandes descobertas científicas:

A diferenciação funcional requer descrições policontextuais e hipercomplexas da complexidade sem qualquer perspectiva unificante. A sociedade permanece a mesma, mas aparece como diferente dependendo do subsistema funcional (política, economia, ciência, meios de comunicação de massa, educação, religião, arte, etc.) que a descreve. O mesmo é diferente. A integração do sistema não pode mais ser pensada como um processo de aplicação de princípios universais, mas sim como uma redução recíproca dos graus de liberdade dos seus subsistemas³⁹.

A policontextualidade da produção social de sentido que caracteriza a modernidade torna anacrônicas as descrições tradicionais baseadas em perspectivas totalizantes. Como não há mais a possibilidade de se recorrer a fundamentos externos, absolutos e estáveis, a sociedade, assim como os seus subsistemas específicos, deve fundar a si mesma em cada uma de suas operações, deve se referir a si mesma e apenas a si mesma para poder produzir sentido através da comunicação. Ela não pode mais ser descrita por meio de conceitos como “natureza”, “substância”, “essência”. Para além de

³⁹ Luhmann (2002, p. 89).

toda substância, de toda essência, de tudo aquilo que é considerado natural e necessário – pode-se dizer, também, para além de todo “núcleo essencial” de um princípio constitucional –, há sempre e apenas um paradoxo.

O paradoxo pode ser interpretado como o resultado dessa percepção tipicamente moderna de que a sociedade não possui fundamentos absolutos, fundações originárias, essências metafísicas. A sociedade moderna é auto-referente, depende apenas dela mesma, é o resultado daquilo que ela mesma produz. Trata-se de uma auto-referência circular, tautológica, paradoxal: a sociedade é aquilo que ela descreve que é⁴⁰.

Não há uma realidade última para além daquilo que é produzido pela comunicação. De acordo com Luhmann, “realidade é aquilo que não se percebe quando se percebe a realidade”⁴¹. Ela é o resultado da construção de um observador que, para observar, precisar estabelecer distinções. Distinções que estão sempre fundadas em um ponto cego, um paradoxo latente que funciona como condição de possibilidade da observação da realidade. Quando os “fundamentos” da observação são questionados, isto é, quando se procura observar a distinção a partir da própria distinção, o paradoxo se torna manifesto, paralisando as observações em curso. Novas distinções devem, então, ser introduzidas para que o paradoxo seja ocultado, para que a circularidade tautológica de uma auto-referência infinita se torne assimétrica, para que a realidade possa ser novamente observada (ou construída) como algo não paradoxal.

⁴⁰ De acordo com Raffaele De Giorgi: “(...) a sociedade não realiza projetos, não persegue fins e não opera com base em princípios. A sociedade é como é. (...) no âmbito de suas operações, a sociedade moderna não tolera nenhuma ontologia. Esta sociedade depende, inexoravelmente, de si; é deixada, como escreveu Luhmann, a si mesma, sem alternativas. (...) a sociedade não tolera verticalidade ou hierarquia, não tolera idéias normativas ou limites externos” (De Giorgi, 2006, p. 226-229).

⁴¹ “Reality is what one does not perceive when one perceives it” (Luhmann, 2002, p. 145).

Na tradição do pensamento ocidental, podem ser encontradas diversas distinções utilizadas ao longo da história para ocultar os paradoxos inerentes a toda construção social da realidade, como, por exemplo, a distinção metafísico-ontológica ser/não ser e a distinção ético-moral bom/mau⁴². Com a dissolução progressiva da ordem pré-moderna, no entanto, essas distinções foram gradativamente perdendo o seu caráter absoluto. A percepção de que não há mais um observador último acima de todas as distinções torna manifesta a contingência e a artificialidade de todas as descrições supostamente externas da sociedade.

Inicialmente, essa artificialidade e essa contingência são ocultadas com auxílio à idéia de uma razão natural, de um sujeito transcendental do conhecimento:

A ontologia tradicional foi substituída pela questão kantiana acerca das condições de possibilidade da experiência. Com o objetivo de proporcionar uma solução, a distinção *hypokeímenon/subiectum* se tornou o sujeito, o observador de si mesmo. O bom comportamento passou a prescindir dos bons modos; necessitava apenas de boas razões. A ética se tornou uma disciplina acadêmica, sendo fundamentada em teorias transcendentais e utilitaristas. Logo, o sujeito pode ser agora facilmente reconhecido como o observador, e as boas razões para o bom comportamento, como a duplicação ambivalente do bem, isto é, como o ocultamento do paradoxo⁴³.

As distinções racional/irracional e sujeito/objeto representam, portanto, uma primeira forma moderna de se ocultar o paradoxo. Todavia, “os paradoxos têm uma inclinação fatal a reaparecem”⁴⁴. Tão logo a estrutura social se modifica, tornando anacrônicas as tentativas semânticas sempre provisórias de torná-lo invisível, o paradoxo abandona o seu estado de latência e aparece de forma manifesta. Isso ocorreu, no decorrer do século XX, diante das desilusões com o conceito de racionalidade herdado do iluminismo. Os usos e abusos da razão comprovaram que ela também não

⁴² Luhmann (2002, p. 90-91).

⁴³ Luhmann (2002, p. 91-92).

⁴⁴ “Paradoxes have a fatal inclination to reappear” (Luhmann, 1988, p. 156).

está acima de todas as distinções, ela também não constitui uma observação pura. A razão, em si, não é capaz de garantir a sua própria racionalidade⁴⁵. A razão pode ser irracional. Agindo “racionalmente”, cientistas e militares podem construir bombas atômicas com potencial para destruir o mundo inteiro, investidores podem abalar a economia de diversos países em um só dia, causando desemprego e inflação generalizados – uma espécie de “tchernobil econômica”, nas palavras de Ulrich Beck⁴⁶. A razão pode ser instrumentalizada para os mais diversos fins, racionais ou irracionais. O paradoxo, contudo, pode e deve ser novamente ocultado com o auxílio de outras distinções – como, por exemplo, razão instrumental/razão comunicativa⁴⁷.

A distinção sujeito/objeto também não escapou às “armadilhas do paradoxo”. Conforme demonstrado pelas descobertas da física quântica – mais especificamente, pelo princípio da incerteza formulado pelo físico alemão Werner Heisenberg –, todo observador interfere naquilo que observa. Em alguma medida, o sujeito sempre reentra no objeto para modificá-lo⁴⁸.

A teoria da sociedade, assim como qualquer outra proposta de descrição da sociedade na sociedade, certamente não está acima dos paradoxos. Ao contrário, a teoria utiliza, de certo modo, o paradoxo como um ponto de partida. Admitindo o paradoxo inerente a toda observação (construção) da realidade, a teoria procura indagar como os sistemas sociais se desparadoxizam, como o paradoxo é ocultado através de auto-simplificações capazes de tornar o sistema operativo. O paradoxo substitui o pensamento conclusivo acerca da unidade, assumindo, assim, o lugar usualmente

⁴⁵ “Enquanto a razão se manifesta finalmente como ponto cego, paradoxo da fundação, referência destituída de referências, a mesma razão – que, segundo Kant, está além do tempo, aquela pela qual o tempo inicia, aquela que, como razão dos particulares, dos Estados e do mundo, inicia o tempo – não pode dizer sobre si mesma que é racional” (De Giorgi, 2006, p. 225).

⁴⁶ Beck (2003, p. 113-158).

⁴⁷ Habermas (1992).

⁴⁸ Para uma descrição de como algumas descobertas científicas da física contemporânea revolucionaram a ciência moderna ao longo do século XX, cf. Araújo Pinto (2002).

ocupado pela figura do sujeito transcendental do conhecimento⁴⁹. Em substituição às distinções transcendental/empírico e sujeito/objeto, Luhmann opta pelas distinções sistema/ambiente e operação/observação⁵⁰.

Operação é a reprodução de um elemento do sistema com base em elementos do próprio sistema⁵¹. Já a observação, como visto acima, é a operação que utiliza uma distinção para indicar/observar algo. Toda operação é também uma observação, na medida em que, para realizar uma relação recursiva com outras operações do sistema, contribuindo para a sua reprodução autopoietica, deve distinguir o sistema de tudo aquilo que não lhe pertence, isto é, do seu ambiente, atualizando, assim, a distinção sistema/ambiente por meio da distinção auto-referência/hetero-referência⁵².

A distinção entre operação e observação é extremamente útil para observar como a sociedade moderna se auto-observa. Essa observação da observação é traduzida no conceito de observação de segunda ordem. Um observador de segunda ordem pode observar como um outro observador – no caso, um observador de primeira ordem – observa o mundo, quais distinções utiliza para construir suas observações, de que modo o seu ponto cego é a condição de possibilidade da sua observação. Pode observar, então, aquilo que o observador de primeira ordem não vê. Ou, em outros termos, pode observar como ele não vê que não vê aquilo que ele não vê: o paradoxo. O paradoxo que está por trás da distinção que utiliza para observar o mundo e que não é acessível (observável) por meio dessa distinção, mas apenas por uma outra. Ou seja, pela distinção traçada por um observador de segunda ordem, que é também, ele mesmo, um

⁴⁹ Luhmann (2002, p. 88 e 126).

⁵⁰ Luhmann (1996a, p. 87) e Luhmann (2002, p. 131).

⁵¹ Baraldi, Corsi e Esposito (1996, p. 117).

⁵² Luhmann (1993b, p. 35) e Baraldi, Corsi e Esposito (1996, p. 120).

observador de primeira ordem, pois sua distinção só pode ser observada a partir de outra distinção, traçada por um observador de terceira ordem, e assim por diante.

Na modernidade, a possibilidade de observação de segunda ordem é generalizada com a progressiva diferenciação funcional de sistemas autônomos que produzem sentido de forma policontextual⁵³. Como não há uma distinção única a partir da qual a sociedade possa ou deva necessariamente ser descrita, todas as observações podem ser observadas. Na sociedade moderna, tudo é observável, mas há sempre um paradoxo, que, por sua vez, não pode ser observado. Ou melhor, só pode ser observado por um outro observador, por um observador de segunda ordem, que, todavia, também é incapaz de observar os seus próprios paradoxos, isto é, os paradoxos que estão por trás da sua distinção/observação.

Os paradoxos não são um problema para quem opera a partir deles. De acordo com Luhmann, “nenhum sistema é interrompido pela lógica”⁵⁴. No nível mais básico das suas operações, o sistema funciona como se o paradoxo não existisse. Apenas para um observador – que, no caso, pode ser o próprio sistema interessado em se auto-observar – que procure observar como o sistema reproduz as suas operações é que o paradoxo constituirá um bloqueio. O observador observará, então, que o sistema consiste em uma unidade na multiplicidade, que a sua identidade é tratada, na prática, como diferença – que o direito, por exemplo, constitui a unidade da diferença entre direito e não direito. Para continuar observando, ele será, portanto, forçado a introduzir uma outra distinção que oculte o paradoxo, que o torne invisível, ao menos até que um outro observador resolva observá-lo como um sistema em operação.

⁵³ Sobre o conceito de observação de segunda ordem e a sua relação com a policontextualidade da sociedade moderna, cf. Luhmann (1996a, p. 126-132).

⁵⁴ Apud. Clam (2005, p. 137).

Os sistemas sociais desenvolvem (desparadoxizam) a auto-referência da sociedade com o auxílio dos seus respectivos códigos binários, por meio dos quais observam, como observadores de segunda ordem, a sucessão temporal das suas próprias operações. O código, todavia, também é uma distinção. Ele também precisa ser desparadoxizado para que o sistema se torne operativo. Os sistemas, então, constroem programas que assimetizam a simetria do código, possibilitando a conexão entre elementos circulares e tautológicos que, de outra forma, só são capazes de se referirem a si mesmos⁵⁵. Os cientistas, por exemplo, adotam métodos e teorias que fornecem critérios para a aferição da veracidade ou falsidade das hipóteses que constituem o objeto de suas pesquisas, assim como os juristas se baseiam em fórmulas extraídas dos precedentes ou em institutos construídos pela dogmática para decidirem quem tem e quem não tem direito.

Os sistemas se auto-observam, portanto, a todo momento como sistemas em operação. No caso do sistema jurídico, o juiz precisa observar o que dizem as partes para formular sua decisão. Os advogados, por sua vez, precisam observar os fundamentos da decisão judicial para interpor um eventual recurso ou mesmo para utilizarem a decisão como precedente em um caso futuro. As pessoas em geral também observam como os juízes “mal observam” ou “demoram demais para observar” suas demandas, o que influi na decisão de recorrer ou não ao judiciário para a solução de um conflito.

A auto-observação ocorre não apenas em relação a uma ou várias operações específicas. Um sistema pode observar a si mesmo em seu conjunto como uma unidade diferenciada do seu ambiente. A distinção sistema/ambiente reentra, assim, no sistema quando ele procura refletir acerca da sua própria identidade, buscando se auto-descrever

⁵⁵ Sobre o conceito de programa, cf. Baraldi, Corsi e Esposito (1996, p. 131-133).

de uma forma coerente. Essa auto-observação é denominada de reflexão. A reflexão contribui para o dinamismo do sistema, para a modificação das suas estruturas⁵⁶. Ao refletir sobre si mesmo, o sistema pode buscar novas formas de conexão entre suas operações, outras maneiras de tratar a sua complexidade. Juristas e filósofos podem, por exemplo, constatar que a descrição do direito como um sistema fechado de regras é insuficiente, inadequada, anacrônica. Podem sugerir que o direito é, na verdade, composto não apenas de regras, mas também de princípios.

A teoria da sociedade é também uma forma de reflexão. Uma tentativa de descrição da sociedade na sociedade. Ao descrever a sociedade moderna como um sistema funcionalmente diferenciado, a teoria procura indagar como a sociedade e os seus subsistemas se auto-observam. Como eles, dada a ausência de fundamentos externos e absolutos, constroem seus próprios fundamentos a partir de si mesmos, de uma maneira, portanto, circular, auto-referente, paradoxal. Como seus paradoxos constitutivos são utilizados de modo criativo em cada uma de suas operações, na construção de cada decisão, na formulação da cada descrição.

Como não pode extrair sua normatividade e seus valores dos modelos fornecidos pelo passado, a sociedade moderna deve se abrir para o futuro. Deve utilizar criativamente os seus paradoxos, tornando-se assimétrica na tentativa constante de ocultá-los. Ao esconder seus paradoxos, a sociedade os projeta para o futuro, pois, no futuro, um outro observador poderá sempre questionar as distinções utilizadas para ocultá-los, buscando novas formas de desparadoxização mais ricas e potencialmente mais adequadas.

⁵⁶ Baraldi, Corsi e Esposito (1996, p. 138).

Essa abertura para o futuro que caracteriza a modernidade não deve, entretanto, ser confundida com a idéia iluminista de progresso. A sociedade moderna não possui um fim intrínseco, não realiza necessariamente um projeto racional de emancipação. Seu valor próprio consiste na artificialidade das suas estruturas, na contingência das suas operações, na abertura para a variedade e a diversidade de possibilidades ainda não exploradas. Nas palavras de Raffaele De Giorgi:

A tradição forneceu-nos imagens da realidade que são confortantes, simplificadoras, reduzidas a um formato acessível e útil para a orientação da ação. No fundo, também as grandes filosofias da história, o pensamento revolucionário, forneceram orientações úteis, ainda que hipersimplificadas, para a ação. O pensamento da complexidade torna possível observar como outros observadores observam, isto é, como esses constroem a realidade. O observador é o sistema. Esse observador pode ser observado. Dessa forma, é possível ver como o sistema constitui sua realidade. Esse é o trabalho que chamamos crítica, um trabalho que se submete, ele mesmo, à observação; que se submete, ele próprio, à crítica. Essa consciência permite ver as artificialidades que a sociedade moderna construiu para si mesma para poder operar. Descrever essa artificialidade torna possível ver as possibilidades ainda inexploradas. Desse modo, o horizonte da modernidade manifesta-se, em toda sua riqueza estrutural, como possibilidade do diverso, como as possibilidades do que ainda não foi explorado. Isso não é otimismo, mas apenas a certeza de que o que é possível supera em grande medida o que é real⁵⁷.

A teoria fornece, assim, elementos para uma crítica da sociedade, para uma observação de segunda ordem sobre o seu modo de operar, eliminando premissas ontológicas e transcendentais e desmistificando pontos de vista supostamente privilegiados para a observação. Ela não deve, contudo, ser entendida como sinônimo de arbitrariedade ou “vale tudo”, pois admite que a sociedade possui estruturas, assim como uma história (ou memória) própria que determina as suas operações, delimitando, embora sempre de maneira artificial e provisória, o seu campo de possibilidades⁵⁸.

⁵⁷ De Giorgi (1998, p. 16-17).

⁵⁸ Luhmann (1996a, p. 116).

Assim como não pressupõe qualquer tipo de arbitrariedade, a teoria também afasta toda espécie de conservadorismo. Os sistemas não possuem nenhuma tendência à conservação, nenhuma preferência pela manutenção do seu estado atual⁵⁹. Eles são, ao contrário, constantemente forçados a se instabilizar, a modificar suas estruturas de acordo com a reprodução autopoietica das suas operações, a se manterem em um estado de estabilidade (ou instabilidade) dinâmica⁶⁰.

É precisamente a estrutura aberta e diferenciada da sociedade moderna que torna possível uma observação das suas observações, uma descrição das suas descrições. Um observador pode, assim, observar a artificialidade e a contingência daquilo que um outro observador considera natural e necessário⁶¹. Pode observar como um sistema se desparadoxiza, construindo valores, fundamentos e princípios que tornam assimétrica a sua circularidade, que tornam criativa a sua auto-referência. Pode também indagar os riscos e limites dessas formas de desparadoxização, desse uso criativo dos paradoxos, apontando possibilidades e alternativas estruturalmente mais ricas e mais adequadas.

Os paradoxos não distorcem a realidade. São, ao contrário, pressupostos para a sua observação⁶², já que todo observador, ao traçar uma distinção, assume implicitamente um ponto cego: a distinção da qual parte não pode ser observada a partir de si mesma, a não ser sob a forma de um paradoxo, que todavia, paralisa a observação, devendo, portanto, ser ocultado.

⁵⁹ Luhmann (1992, p. 1440).

⁶⁰ Luhmann (1992, p. 1441).

⁶¹ “A distinção natural/artificial pode ser utilizada de modo que um observador possa interpretar como artificial e contingente o que o sistema mesmo assume como sendo natural e necessário. Por exemplo, um observador pode examinar como um sistema cria a impressão de que as suas autodeterminações são naturais, necessárias e carentes de alternativas funcionais. (...) Utilizando uma formulação de Heinz von Foerster, desse modo, um observador pode ver que o sistema observado não pode ver que é incapaz de ver aquilo que ele não vê” (Luhmann, 1990a, p. 139).

⁶² Luhmann (2002, p. 141).

O paradoxo é a condição de criatividade dos sistemas. Ocultando os seus paradoxos, os sistemas se tornam criativos, se tornam capazes de operar em uma realidade, em si, paradoxal, sem se deixarem absorver por ela, sem caírem no vazio da pura tautologia.

De acordo com Luhmann, os paradoxos tendem a ser valorizados como figuras fascinantes em períodos de incerteza semântica e transição estrutural, em que as distinções tradicionalmente utilizadas tornam-se anacrônicas e obsoletas. A situação atual da sociedade moderna pode servir como exemplo⁶³. A emergência de uma sociedade mundial funcionalmente diferenciada e composta por uma pluralidade de tradições culturais as mais diversas contribui para a perda de centralidade das descrições clássicas do pensamento ocidental de origem europeia. A afirmação progressiva da policontextualidade e do multiculturalismo como características centrais da modernidade renova e incrementa o interesse pelos paradoxos, pela desconstrução dos modelos estabelecidos, pela busca de novas alternativas e possibilidades.

Conforme visto acima, a teoria da sociedade não se coloca acima dos paradoxos. Ela também busca ocultá-los de uma forma científica e sociologicamente criativa, construindo uma rede circular e autológica de conceitos que se remetem uns aos outros e que, não obstante, propiciam observações e descrições altamente ricas, sofisticadas e, acima de tudo, instigantes da sociedade. A teoria, portanto, esconde explicitamente os seus paradoxos por meio de distinções como sistema/ambiente, operação/observação, entre muitas outras.

E o sistema jurídico? Como esconde os seus?

⁶³ Luhmann (2002, p. 89).

1.2. Os paradoxos do sistema jurídico

O direito tem o direito de dizer o que é e o que não é direito? A pergunta, em si, é tautológica. Uma eventual resposta afirmativa não coloca um fim à questão, pois se poderia indagar: e de onde ele extrai esse direito? Qual é o direito do direito? A partir de que (direito?) o direito se afirma no direito de dizer o que é e o que não é direito? A tautologia, portanto, é apenas prolongada, sem ser, contudo, resolvida, solucionada, destautologizada.

Para ilustrar essa indagação, vale a pena recorrer a uma história bastante interessante narrada por Henri Atlan no seu livro “*A tort e à raison*”:

Um doutor de leis procurava, na presença dos seus discípulos, fazer justiça entre dois queixosos. Exposto o caso do primeiro, decidiu o juiz dar-lhe razão, após ter refletido longamente. Mas quando o segundo terminou a defesa da sua causa, o juiz, depois de nova e longa reflexão, deu-lhe também razão. Os discípulos espantaram-se ao ver o seu mestre dar razão às duas versões contraditórias dos mesmos factos, ao que o juiz respondeu, depois de ter voltado a refletir: “Com efeito, também vós tendes razão”⁶⁴.

Na prática, como um juiz responderia a essa “terceira questão”? Ele também poderia dar uma resposta amigável, assumindo, assim, explicitamente, o paradoxo da identidade entre direito e não direito? Obviamente que não. O juiz tem que decidir. Mas, retornando à pergunta formulada acima, ele tem o direito de decidir sobre o direito?

A resposta talvez seja a de que não se trata primordialmente de uma questão de direito, mas sim de obrigação. O sistema jurídico tem a obrigação de dizer o que é e o que não é direito. Independentemente do direito ao direito de decidir sobre o direito,

⁶⁴ Atlan (1994, p. 9). A história é citada por Luhmann no artigo “*The third question: the creative use of paradoxes in law and legal history*” (“A terceira questão: o uso criativo dos paradoxos no direito e na história jurídica”). Cf. Luhmann (1988).

independentemente da “terceira questão”, o juiz está obrigado a decidir, a adotar uma posição. Ele não pode, seguindo o exemplo do mestre, “ficar em cima do muro” – mesmo que, “de cima do muro”, possa ver, eventualmente, que os dois lados têm razão. Ele precisa distinguir entre direito e não direito e, conseqüentemente, indicar um dos lados da distinção – o lado do direito – como o ponto de partida. Afinal de contas, o paradoxo precisa ser ocultado.

A obrigação de decidir está, portanto, na origem da codificação binária do sistema jurídico. Ao constranger o sistema à adoção de uma decisão, ao ocultamento do paradoxo ou “fantasma”⁶⁵ da indecidibilidade – pois os dois lados podem apresentar, simultaneamente, “boas razões” –, ela impõe o surgimento de uma primeira distinção assimétrica entre direito e não direito. A obrigação dá origem à distinção, embora (ou precisamente porque) a questão sobre os fundamentos permaneça oculta. Deve-se decidir quem tem e quem não tem direito, independentemente do direito ou não direito da própria decisão⁶⁶.

Essa distinção é fundamental para a completa diferenciação funcional do sistema jurídico. Na perspectiva da teoria da sociedade, o direito cumpre uma função social específica. Ele torna possível lidar com o problema da frustração de uma expectativa de conduta. Frente a um comportamento não esperado dos outros, o direito apresenta uma alternativa à simples acomodação, disponibilizando um caminho por meio do qual as expectativas frustradas podem ser mantidas ainda que diante de constantes desapontamentos:

⁶⁵ Nas palavras de Jacques Derrida: “Em toda decisão, em todo acontecimento de decisão, o indecidível fica pressuposto, alojado ao menos como um fantasma, ainda que se trate de um fantasma essencial” (Derrida, 1992, p. 150).

⁶⁶ “O poder de dizer o direito não é justo ou injusto, mas é o poder de praticar no mundo a distinção entre justo e injusto, através de uma ruptura que reconstrói o mundo da perspectiva de um observador colocado sobre um dos lados que surge desta distinção” (De Giorgi, 2006, p. 176).

(...) o direito processa expectativas normativas que são capazes de se manter em situações de conflito. O direito não pode garantir, é claro, que essas expectativas não serão frustradas. Mas permite que elas possam ser mantidas, como expectativas, mesmo em caso de desapontamento, e que essa manutenção possa ser comunicada antecipadamente. De um ponto de vista sociológico, então, a normatividade não é nada mais do que estabilidade contrafática. Em outras palavras: ao processar expectativas, o direito nos alivia da demanda de termos que aprender com os desapontamentos e de, conseqüentemente, termos de nos ajustar a eles. Desse modo, ele ostenta a presunção de resolver os conflitos, ao mesmo tempo em que torna possível incrementá-los e resistir a eles, pois contém uma decisão preliminar, por mais incerta que ela possa parecer em um caso específico, sobre quem deve e quem não deve aprender com a frustração⁶⁷.

O direito se especializa, portanto, na função de generalizar e estabilizar expectativas normativas de conduta em bases contrafáticas. O seu caráter contrafático se reflete na institucionalização de uma atitude de irresignação diante dos fatos. Com o direito, aprende-se, paradoxalmente, a não aprender, a não assimilar as desilusões, a apelar para a possibilidade de manutenção (ou reparação) daquilo que era ou supostamente podia ser esperado e não se realizou⁶⁸.

Todavia, a especialização funcional não é suficiente para garantir a completa diferenciação do sistema jurídico. Diante de uma expectativa frustrada, é preciso definir quem deve e quem não deve aprender com a frustração, isto é, quem tem

⁶⁷ Luhmann (1989, p. 140).

⁶⁸ As expectativas podem ser de duas espécies: cognitivas ou normativas. As primeiras são aquelas que se modificam em caso de frustração, como no exemplo de uma nova descoberta científica que leva à reformulação de uma teoria já consolidada. As segundas são aquelas que se mantêm mesmo diante de desapontamentos, como, por exemplo, expectativas comportamentais fundadas em determinações legais, que, em caso de frustração, ao invés de se modificarem, possibilitam a reprovação do comportamento supostamente desviante a partir da disponibilização de um mecanismo judicial de solução de conflitos. O sistema jurídico possui normas e procedimentos que possibilitam a generalização dessas expectativas normativas de modo que os indivíduos possam se orientar antecipando o provável comportamento dos outros. Obviamente, a possibilidade de desapontamento está sempre presente, mas o apelo às normas legais e à coerção juridicamente legitimada permite a manutenção da expectativa frustrada ao invés do seu simples abandono. O direito, em suma, nos ensina a não aprender, ou seja, a não assimilar a possibilidade de comportamentos ilegais – muitas vezes numerosos – como algo normal a que tenhamos que nos adaptar; daí o seu caráter contrafático. De acordo com essa concepção, o direito seria menos uma técnica de controle social coercitiva – tese que constitui um lugar comum no âmbito da teoria jurídica tradicional – do que um alívio institucional para as expectativas comportamentais. Para um maior detalhamento acerca da função do sistema jurídico, cf. Luhmann (1983b).

e quem não tem direito. Em uma sociedade diferenciada por estratos, o que é e o que não é direito não se reduz a um esquema binário capaz de ser processado autonomamente. A decisão sobre o que deve valer como direito pode depender naturalmente e necessariamente da consideração de terceiros valores, como influência religiosa, prestígio político e qualificação moral. Pode ser natural que, em determinadas situações, o próprio direito seja violado por motivos de “equidade”, “razão de Estado” ou pela necessidade de garantir o “bem comum” e a “paz social”, valores que indicam que o direito supostamente aplicável a um determinado caso concreto deve ser “derrogado”, tendo em vista a proteção de um interesse maior⁶⁹.

Na sociedade moderna, contudo, mesmo uma suposta violação do direito deve ser comunicada como juridicamente permitida. Como não há a possibilidade de apelar para um direito natural superior, a eventual transgressão deve ser internalizada como uma hipótese prevista no próprio direito positivo. Deve ser possível, em cada caso, traçar a distinção direito/não direito sem a necessidade de recorrer a uma instância externa, um fundamento absoluto que legitime a alocação concreta dos valores do código. A eventual limitação de um direito fundamental, por exemplo, deve ser justificada com base em critérios jurídicos, ou seja, critérios internos ao sistema. A limitação pode ser comunicada como “proporcional”, “razoável”, necessária para preservar o “interesse público”, e não apenas como uma mera arbitrariedade fundada nos desígnios da “natureza”, de “Deus” ou da “razão”, por mais arbitrários que, na prática, tais critérios possam parecer.

Apenas quando o sistema dispõe de um código binário próprio e autônomo, uma distinção guia a partir da qual pode observar o contínuo desenrolar das suas

⁶⁹ Luhmann (1993b, p. 128).

operações, é que é possível uma reprodução autopoietica dos seus elementos – no caso, uma reprodução das possibilidades de reutilização do código⁷⁰.

O código cumpre uma dupla função. De um lado, ele dá origem a uma observação de segunda ordem sobre as comunicações que se desenvolvem acerca do cumprimento ou descumprimento de uma expectativa normativa. Tanto o cumprimento quanto o descumprimento podem ser observados a partir da distinção direito/não direito. Tanto aquele que teve uma expectativa frustrada como o que causou a frustração podem, simultaneamente, se afirmar no exercício de um direito⁷¹. De outro lado, ao excluir terceiros valores, reduzindo todas as possibilidades de observação a um esquema bivalente, o código permite a conexão recursiva entre as operações do sistema, o seu fechamento operacional. Uma expectativa processada como direito pode ser associada a operações anteriores do sistema em que determinadas expectativas que mantenham com ela uma relação de pertinência foram classificados do lado do direito ou do não direito, influenciando também em futuras operações por meio das quais expectativas semelhantes venham a ser consideradas como conformes ou contrárias ao direito⁷².

A combinação entre especialização funcional e codificação binária é que possibilita, então, a formação de um sistema jurídico diferenciado, isto é, a reprodução autônoma de comunicações voltadas para o direito⁷³. O direito pode, assim, ser interpretado como a totalidade das comunicações que processam expectativas normativas em torno do código direito/não direito⁷⁴. Integram o sistema jurídico todos

⁷⁰ Luhmann (1993b, p. 128).

⁷¹ “A forma do direito (...) se encontra na combinação de duas distinções: expectativas cognitivas/normativas e a distinção do código direito/não direito” (Luhmann, 1993b, p. 90).

⁷² Sobre essa dupla função do código binário, cf. Luhmann (1989, p. 140).

⁷³ Luhmann (1993b, p. 40).

⁷⁴ Luhmann (1989, p. 142).

os eventos normativos que se orientam a partir dessa distinção, desde uma simples disputa entre vizinhos até uma decisão de um tribunal constitucional⁷⁵.

A existência de um código binário indica nada mais do que a possibilidade de um tratamento jurídico autônomo dos problemas que surgem a partir do descumprimento de uma expectativa normativa. Ou seja, a possibilidade de que o próprio direito possa decidir com base no direito o que é e o que não é direito, independentemente de qualquer fundamento moral, político ou religioso supostamente externo, absoluto, universal.

A obrigação de decidir, conforme visto acima, está na origem da distinção entre direito e não direito. Essa distinção, como qualquer outra, também está fundada em um ponto cego. A tentativa de observar a distinção a partir da própria distinção faz surgir um paradoxo: deve-se decidir conforme o direito o que é e o que não é direito, embora não se possa afirmar conclusivamente se é direito ou não direito distinguir os eventos como conformes ou contrários ao direito.

Na tradição do pensamento jurídico ocidental, esse paradoxo foi geralmente ocultado com o auxílio de uma outra distinção, aquela entre direito natural e direito positivo. A natureza é, então, utilizada como referência ou fundamento externo para o direito de decidir sobre o direito. O direito pode ser decidido, isto é, pode ser traduzido em direito positivo, se e somente se estiver de acordo com o direito natural – seja ele derivado da própria “natureza ou substância das coisas”, de uma “natureza divina” ou de uma “natureza humana racional”.

⁷⁵ Não existe, portanto, um direito estatal e um direito extra-estatal – a não ser, é claro, para um observador que escolhe o Estado como o ponto de partida para a sua observação –, mas apenas o direito da sociedade. O sistema não possui limites organizacionais, mas sim comunicativos. O direito – e, conseqüentemente, também o não direito – está presente (ou pode estar presente) em todos os lugares: fóruns, tribunais, organizações da administração pública, empresas privadas e até mesmo na “rua”, enquanto metáfora indicativa do espaço no qual são travadas as “lutas sociais por reconhecimento de direitos”. Sobre o “direito achado na rua”, cf. Sousa Jr. (1993).

Na modernidade, contudo, a tradicional distinção entre direito natural e direito positivo perde gradualmente a sua força explicativa na medida em que todo o direito passa a ser percebido como direito positivo. Mesmo os conteúdos supostamente universais do direito natural devem ser decididos, traduzidos por escrito, fixados em um texto. Os fundamentos externos são, assim, internalizados. A referência à natureza é transformada em auto-referência, em referência ao direito natural positivado. Generaliza-se a percepção de que o direito deve fundamentar a si mesmo, constituir a si próprio – ou seja, deve ser também um “direito constitucional”.

O paradoxo, portanto, reaparece. Para ocultá-lo, são necessárias novas distinções. Conforme será visto a seguir, o recurso à idéia de uma norma superior, uma espécie de norma das normas, “constitui” uma “forma” bastante criativa de se ocultar o paradoxo da autodeterminação do direito positivo moderno.

1.2.1. A constituição como forma de uma distinção

Em direito constitucional, já se tornou lugar comum a distinção entre matéria e forma constitucionais. A primeira diz respeito ao conteúdo propriamente dito da constituição, como, por exemplo, forma de Estado, separação dos poderes e direitos fundamentais. A segunda remete ao aspecto formal, à constituição entendida como norma fundamental suprema que serve de parâmetro de validade para todas as demais normas do ordenamento jurídico⁷⁶.

⁷⁶ Sobre a distinção entre constituição formal e material, cf. Bonavides (2000, p. 147-160) e Araujo Pinto (2002, p. 280-289).

Embora a discussão sobre conteúdos hoje definidos como tipicamente constitucionais, relativos a temas ligados à organização geral das relações sociais e políticas, já estivesse presente nas sociedades da antigüidade clássica e da idade média⁷⁷, é somente após as primeiras revoluções burguesas, especialmente após a declaração de independência norte-americana, que se pode falar do surgimento da constituição como forma⁷⁸.

A idéia de uma norma jurídica superior responsável por fixar a organização política de um Estado certamente não estava disponível ao discurso jurídico-político elaborada pelas sociedades da antigüidade e do medievo. Trata-se de uma invenção moderna, cujas raízes remontam à tradição do *common law* inglês e à experiência colonial norte-americana.

O intrincado processo de formação do *common law* pode ser interpretado, na perspectiva da teoria da sociedade de Niklas Luhmann, como responsável pela diferenciação cada vez maior do direito como um sistema social autônomo. Desde a instituição dos tribunais reais até a consolidação da prática de utilização de precedentes para a afirmação de direitos e garantias de proteção do indivíduo⁷⁹, há a construção progressiva de um discurso especializado sobre o direito que adquire importância significativa, o que se reflete na idéia de uma razão artificial dos juristas, capaz de revelar costumes e liberdades imemoriais através de decisões judiciais⁸⁰.

⁷⁷ Cf. Fioravanti (2001, p. 15-70).

⁷⁸ Para uma reconstrução histórica detalhada do surgimento da constituição como forma, desde a tradição do *common law* inglês até a revolução norte-americana, cf. Araujo Pinto (2004, p. 29-197).

⁷⁹ Sobre o período inicial de formação da tradição jurídica inglesa, em que foram instituídos os primeiros tribunais reais e construídos de forma pioneira artifícios jurídicos passíveis de utilização para a defesa de direitos individuais, os denominados *writs*, cf. Berman (1996, p. 455-481). Para uma abordagem geral da formação e consolidação do *common law*, cf. Araujo Pinto (2004, p. 39-57).

⁸⁰ Uma das características fundamentais do *common law* reside nessa artificialidade e plasticidade, na sua capacidade de reconstruir decisões e costumes do passado para a solução de novos problemas e controvérsias: “Em fins do século XII, o *common law* já estava consolidado e os tribunais reais

A importância do *common law* para o constitucionalismo está ligada principalmente à possibilidade inovadora de afirmação de direitos e garantias extraídos dos costumes e precedentes como forma de resistência a ações arbitrárias do Estado⁸¹. Durante o longo e conturbado período da revolução inglesa, essa possibilidade foi essencial para a imposição de limites e controles ao poder do monarca, para a afirmação da independência do judiciário e para a justificação da autonomia e, posteriormente, da soberania do parlamento inglês⁸².

O relativo sucesso do arranjo institucional consolidado após a revolução inglesa reforçou a tese, bastante defendida durante os embates entre a coroa e o parlamento, de que a Inglaterra possuía uma constituição antiga, isto é, um conjunto de leis, costumes e instituições que garantiam a estabilidade do governo e afirmavam as liberdades imemoriais dos cidadãos⁸³.

encontravam-se em plena atividade. Os precedentes eram freqüentemente estudados e utilizados para argumentação em casos novos. Ficou evidenciado, assim, o aspecto fundamental do direito comum inglês: por um lado, a abertura para o futuro, com a possibilidade de criação de novas formas de tutela a partir de novas situações submetidas à apreciação dos tribunais; por outro lado, a constante referência ao passado, em face do procedimento argumentativo requerido, quer para a demonstração da existência de um costume imemorial, quer pela freqüente menção aos precedentes judiciais. Por meio do sutil intrincamento dessas duas dimensões, o *common law* foi ganhando autonomia e sofisticação” (Araujo Pinto, 2004, p. 50).

⁸¹ Essa idéia de que existem direitos que podem ser opostos até mesmo contra o Estado, embutida na formulação mais genérica de que o Estado deve se submeter às regras impostas pelo direito, constitui certamente um dos aspectos mais marcantes e inovadores da tradição jurídico-política inglesa e que pode ser resumido no conceito bastante difundido de *rule of law*. Sobre a tradição constitucional do *rule of law* inglês em comparação com as tradições alemã e francesa de imposição de limitações jurídicas ao poder estatal, cf. Rosenfeld (2001).

⁸² Sobre a importância do *common law* para a imposição de limites e controles ao poder real e para a afirmação das prerrogativas do parlamento, cf. Gordon (2002, p. 238-276). Para uma reconstrução histórica da revolução inglesa e do importante papel desempenhado pelo *common law*, cf. Araujo Pinto (2004, p. 71-99).

⁸³ Na definição do Lorde Bolingbroke: “Por constituição devemos entender, se quisermos falar com propriedade e exatidão, aquele conjunto de leis, instituições e costumes derivados de certos princípios fixos da razão e direcionados a certos objetivos fixos do bem público que compõem o sistema geral de acordo com o qual a comunidade concordou em ser governada. Nós classificamos esse governo como bom quando toda a administração dos negócios públicos está completamente afinada e em estrita conformidade com os princípios e objetivos da constituição” (Apud. Stourzh, 1988, p. 43). Sobre a noção de constituição antiga e a sua utilização por um dos juristas mais influente da época, Sir Edward Coke, na defesa da autonomia do parlamento inglês e na justificação da existência de limites ao poder do monarca, cf. Stoner Jr. (1992, p. 27-47) e Bigliuzzi (2005, p. 36-42).

Essa idéia de uma constituição antiga, vista como o resultado de toda uma tradição gloriosa de sistemas de governo balanceados e estáveis, exerceu enorme influência no discurso e na prática política adotados pelas colônias inglesas da América do Norte⁸⁴.

A familiaridade com uma forma de governo balanceada, em conjunto com a experiência de regulação dos seus assuntos políticos e econômicos por meio de cartas coloniais escritas⁸⁵, proporcionou um terreno fértil para que as colônias norte-americanas procedessem a uma inovação extremamente significativa, apesar de não inteiramente planejada, no conceito de constituição:

Aqueles que na América colonial pressionaram pela adoção de constituições escritas não estavam inclinados a perceber a natureza radical da sua invenção. Eles estavam familiarizados com algo parecido com constituições escritas na forma de cartas coloniais; sua fácil disposição para aceitar uma vida pública regulada pelas cartas e pelas “ordens fundamentais” que as sucederam, acompanhada de uma crescente desafeição pelo Parlamento inglês na década de 1760, levou muitos deles em conjunto a rejeitar a noção inglesa de constituição e a procurar uma nova legitimidade para o auto-governo⁸⁶.

Decepcionados diante da constituição antiga dos ingleses, que não havia sido capaz de impor limites ao arbítrio do parlamento, os colonos norte-americanos buscaram formular em um documento escrito diretrizes explícitas que deveriam nortear o controle das atividades do governo de modo a proporcionar maiores garantias aos direitos dos cidadãos⁸⁷. O conceito de constituição passou, então, por uma modificação

⁸⁴ Sobre a influência da herança inglesa na prática política das colônias, cf. Araujo Pinto (2004, p. 103-112).

⁸⁵ Sobre o significado e a importância das cartas coloniais escritas para o constitucionalismo norte-americano, cf. Wood (1998, p. 268-273).

⁸⁶ Maddox (1995, p. 59-60).

⁸⁷ “Na era revolucionária (...) a constituição amorfa da Inglaterra foi rejeitada pelos colonos, em parte porque, como eles acreditavam, sob a vigência dela, um parlamento tirânico os havia tratado de forma injusta, e em parte porque, em geral, ela era vista como incapaz de estabelecer limites a uma legislatura para tudo competente [*omnicompetent*]. Uma forma de governo e uma constituição não eram certamente a mesma coisa, conforme foi argumentado, e, em todo caso, a Inglaterra não possuía nenhuma das duas. Apenas uma constituição escrita, estabelecendo os limites da autoridade

semântica extremamente relevante. Do conjunto de instituições, leis e costumes derivados de princípios fixos já existentes na prática jurídica e política do passado, o conceito passou a designar, literalmente, o ato, refletido em um documento escrito, por meio do qual o governo é constituído em um momento específico do presente e modelado de modo a funcionar de forma equilibrada e estável no futuro:

Quando Thomas Paine declarou que as constituições da América colonial “estavam para a liberdade como a gramática estava para a linguagem” (...), ele estava se referindo explicitamente aos documentos escritos. Do seu ponto de vista, “a constituição é algo que antecede ao governo”, sendo o ato “por meio do qual o povo constitui o governo” (...). Estando na fundação da política – como indicado pela sua própria etimologia – ela antecipa uma nova era do governo constitucional⁸⁸.

Essa alteração semântica reflete a fusão de dois usos lingüísticos distintos do termo. Em um sentido jurídico, que remonta à época do império romano, *constitutio* significava decreto imperial, espécie de ato normativo de direito positivo com força de lei. Já em um sentido político, ligado à tradição do jusnaturalismo medieval, *constitutio* ou *constitution* designava a constituição corpórea da ordem política. Em analogia ao corpo humano, a comunidade política também possuiria uma *constitution*, ou seja, uma forma de organização do todo em partes responsáveis pelo desempenho de funções naturais específicas – o rei, por exemplo, podia ser interpretado como a cabeça ou o cérebro do corpo político. De acordo com Luhmann:

Conquanto o que se encontre em discussão seja a inovação lingüística primeiramente produzida pela Revolução Americana e depois pela Francesa, é certamente sustentável a hipótese segundo a qual as duas tradições, a propriamente jurídica e a política, terminem por se fundir. Ao se falar em *constitution* pensa-se, então, em um texto jurídico que simultaneamente fixe a constituição política de um Estado. Terminologia jurídica e terminologia política interpenetram-se no momento em que se tem que lidar com uma nova fixação jurídica da

governamental e direitos judiciáveis aos cidadãos, poderia ser, de algum modo, aceitável” (Maddox, 1995, p. 60-61).

⁸⁸ Maddox (1995, p. 50).

ordem política e considera-se a ordem política como ordenamento jurídico⁸⁹.

Da possibilidade de constituir o governo por meio de um ato independente e de modelar a organização política do Estado através de um documento escrito de natureza jurídica não decorrem, necessariamente, todas as conseqüências que possibilitaram o surgimento do conceito moderno de constituição, isto é, a idéia de que a constituição é uma norma jurídica de hierarquia superior que serve de parâmetro de validade para todas as demais normas do ordenamento.

Essa idéia, embora estivesse, de certa forma, latente na prática jurisdicional anterior das colônias norte-americanas, só foi primeiramente formulada de maneira explícita na decisão do famoso caso *Marbury versus Madison*, em que o juiz da Suprema Corte dos Estados Unidos John Marshall inaugurou o controle de constitucionalidade, tendo em vista preservar a rigidez constitucional ao garantir que uma lei ordinária não pudesse revogar dispositivos da constituição, cuja alteração exigia um procedimento muito mais complexo e requintado⁹⁰.

A concepção de constituição como lei fundamental, como *fundamental law*, já estava presente na descrição da constituição antiga dos ingleses e remonta até mesmo às interpretações continuamente dadas à Magna Carta. Todavia, o adjetivo fundamental, não obstante transmitisse a idéia de uma maior importância ou relevância, não implicava em que a constituição pudesse ser aplicada diretamente como a norma

⁸⁹ Luhmann (1996, p. 3). Para uma análise detalhada dessa fusão dos usos jurídico e político tradicionais do termo *constitutio* na formação do conceito moderno de constituição, cf. Stourzh (1988).

⁹⁰ “As duas conseqüências fundamentais geradas pela experiência constitucional norte-americana – a concepção de que a constituição é um documento superior aos demais atos normativos e a noção de que cabe ao poder judiciário a defesa da constituição, inclusive declarando nulas, em casos concretos, normas consideradas contrárias à constituição – não foram previstas pelos seus *founding fathers*” (Araujo Pinto, 2004, p. 166). Para uma análise histórica extremamente rica e instigante acerca das origens do *judicial review*, em que fica explícito o caráter não planejado do surgimento do controle judicial de constitucionalidade das leis e, portanto, da idéia de que a constituição possui a natureza de uma norma jurídica de hierarquia superior que pode ser diretamente aplicada pelos tribunais, cf. Wood (1999).

suprema de todo o ordenamento jurídico, capaz, portanto, de prevalecer sobre todas as demais⁹¹. A forma constitucional é, portanto, uma invenção moderna, uma invenção que torna possível lidar com os problemas e paradoxos de uma sociedade funcionalmente diferenciada.

As revoluções burguesas, principalmente a francesa e a norte-americana, deram origem a um problema – um problema tipicamente moderno, pode-se dizer. O problema de como legitimar o exercício do poder político e a criação organizada do direito quando são abandonados os fundamentos tradicionalmente fornecidos pelo passado. Direito e política passam a depender apenas de si mesmos. O Estado não é mais absoluto. Deve ser agora um Estado de Direito. A soberania também não pode mais ser atribuída ao monarca com base no seu suposto direito natural e divino de comando. Soberano agora é o povo.

Essas mudanças podem ser interpretadas como o resultado da progressiva diferenciação funcional da sociedade moderna, mais especificamente dos seus sistemas jurídico e político. Quando a tradição deixa de fornecer fundamentos externos, naturais e transcendentais para o exercício do poder e para a aplicação do direito, os sistemas se autonomizam. Devem construir, então, seus próprios fundamentos. Devem fundar a si mesmos em cada uma de suas operações.

⁹¹ “(...) parece muito difícil identificar completamente a “lei fundamental” da Inglaterra medieval com as formas modernas usuais deste tipo de lei. De fato, o objetivo desta lei, da qual a Magna Carta é o melhor exemplo, não era inteiramente nem predominantemente “constitucional”. Constituições “rígidas” são uma invenção dos tempos modernos. Para nós, parece natural colocar a organização do governo [*government framework*] em uma classe própria. Nós pensamos nisso somente como uma lei fundamental. Nós vamos tão longe que chegamos ao ponto de considerar “fundamental” e “constitucional” termos praticamente equivalentes. Isso certamente não foi feito na Inglaterra medieval” (McIlwain, 1969, p. 176-177). Sobre a diferença entre as concepções de constituição como lei fundamental e como norma jurídica superior na América do Norte pré e pós-revolucionária, cf. Wood (1998, p. 273-282).

A constituição representa, assim, uma primeira reação à total diferenciação entre direito e política⁹², uma forma de manter esses sistemas acoplados, um mecanismo de acoplamento estrutural. De acordo com Menelick de Carvalho Netto:

A Constituição define o Direito, define a política e os articula, possibilitando que a política (os órgãos máximos do poder) forneça ao Direito geral e abstrato (princípios constitucionais) efetividade e concretude cotidiana e que, ao assim proceder, deixando-se limitar e guiar pelo Direito, receba do Direito em troca a legitimidade e a credibilidade de que carece⁹³.

Além de constituir a norma superior de todo o ordenamento jurídico, a constituição também é fruto de uma decisão política. Por meio dela, o direito pode pressupor que as suas decisões serão implementadas na prática com o auxílio da coerção, juridicamente legitimada, de origem política, assim como pode justificar a sua atividade como a aplicação de normas produzidas pelos órgãos políticos competentes. Por sua vez, a política pode pressupor a sua efetividade a partir do momento em que o poder se exterioriza, por motivos políticos, em formas jurídicas, ao mesmo tempo em que, tolerando o controle jurídico das suas decisões, pode extrair a legitimidade de que necessita para a sua imposição⁹⁴.

Em seu sentido moderno, a constituição deixa transparecer uma modificação na própria estrutura temporal da sociedade. Conforme visto acima, do conjunto de instituições, leis e costumes derivados do passado, ela passa a indicar, na definição dada por Thomas Paine, o ato por meio do qual o povo constitui, no presente, o governo que deverá vigorar no futuro. Se direito e política não podem mais ser fundados no passado,

⁹² Luhmann (1996b, p. 4).

⁹³ Carvalho Netto (2006b, p. 14).

⁹⁴ “Entre os sistemas existe uma dupla via de intercâmbio: sobre uma via, o sistema político oferece ao jurídico premissas decisórias na forma de direito positivamente estatuído (legislação), enquanto recebe a realização do poder político (o que a tradição, desde WEBER, chama de legitimação) que passa pelo direito (princípio do *“rule of law”*); sobre a outra via, o direito fornece à política premissas para o emprego da força física, na forma de decisões coletivamente vinculantes, interrompendo o círculo de poder (vontade e força), enquanto que recebe a possibilidade de coerção de que necessita para sua imposição” (Nicola, 1997, p. 237).

na tradição, na soberania de origem divina do monarca, devem agora fundar a si mesmos, devem se abrir para o futuro, contando, para tanto, com o auxílio da idéia de constituição.

Como o resultado de um ato soberano do povo, a constituição simboliza, a um só tempo, a fundação dos sistemas jurídico e político, a fundação jurídica do poder e a fundação política do direito. Se a constituição está supostamente na fundação do direito e da política, há, portanto, boas razões para desconfiar que essa fundação esconde, na verdade, um paradoxo. Nas palavras de Giancarlo Corsi:

A invenção da constituição é, sobretudo, uma reação à diferenciação (moderna) entre direito e política e uma tentativa de resolver (ou esconder!) os seus problemas: o problema da soberania política e o problema da positivação (autodeterminação) do direito. Em ambos os casos o problema manifesta-se como um paradoxo; o paradoxo do soberano que vincula/desvincula a si mesmo através de suas próprias decisões e o paradoxo do direito que se arroga no direito de discriminar de acordo com o direito, produzindo assim a diferença entre certo e errado, entre lícito e ilícito, e assim por diante. A constituição não elimina, certamente, estes paradoxos, mas limita-se a transferir o peso de um sistema ao outro: a soberania é transferida, da posição de vértice da hierarquia social para o povo, encontrando sua legitimação no vínculo jurídico constitucional; o direito, por sua vez, remete a legitimidade da constituição como texto jurídico ao ato político da assembléia “constituente” e à legislação⁹⁵.

É por meio da referência ao texto constitucional que tanto o direito quanto a política podem ocultar os paradoxos do seu funcionamento diferenciado e auto-referente, desenvolvendo estratégias recíprocas de desparadoxização. O ponto de encontro entre direito e política coincide, então, com o momento constitucional, com o ato de fundação da constituição através do exercício do poder constituinte pelo povo. O povo, ou melhor, a idéia de soberania popular torna-se, assim, o centro de todas as estratégias de externalização e ocultamento dos paradoxos. Do lado do sistema jurídico, ao povo é atribuída a titularidade do direito de exercer o poder constituinte e,

⁹⁵ Corsi (2001, p. 173).

conseqüentemente, tomar a decisão fundamental pela adoção de um texto constitucional. Já do lado do sistema político, o povo é interpretado como a figura que detém o poder de criar o direito e, portanto, de estabelecer a norma que está no vértice da hierarquia de todo o ordenamento⁹⁶.

A soberania popular desloca o paradoxo do passado para o futuro, dos fundamentos transcendentais fornecidos pelas tradições jurídicas e políticas da teologia medieval e do jusnaturalista racional à realização da “promessa constitucional” de exercício do poder pelo povo e de efetiva limitação jurídica do Estado⁹⁷. E se essa promessa é questionada, recorre-se novamente à constituição. Os juristas, então, se lamentam da falta de efetividade das normas constitucionais diante da modificação política indiscriminada do texto constitucional⁹⁸. E quando a política entra em crise, coloca-se a culpa na constituição, ou melhor, na suposta rigidez dos vínculos jurídicos formais que dificultam as alterações “politicamente necessárias” no seu texto⁹⁹.

⁹⁶ “Mediante estas formas de externalização (“povo” e “constituente”) de seus problemas de indecibilidade paradoxal é aberta, em ambos os sistemas do Direito e da Política, uma nova potencialidade dinâmica e, com essa, horizontes de possibilidade antes impensáveis. Dessa perspectiva, a Constituição é, mais que um vínculo, um fator de liberdade: o valor político das operações jurídicas e o valor jurídico das operações políticas concentram-se, apenas, na referência à Constituição, que estabelece, por sua vez, os critérios de organização política do poder e os critérios de geração do Direito” (Corsi, 2002, p. 173).

⁹⁷ “A legitimação da nova ordem pós-revolucionária estabeleceu-se com apelo à soberania daquele que nunca fora o titular da soberania e que, portanto, não poderia posteriormente reivindicar esta para si: o povo. A soberania popular desloca o paradoxo da soberania para o futuro e, com isso, faz com que política e direito passem a buscar seu fundamento e sua legitimidade na mesma idéia intangível e invisível de “povo”. (...) A soberania desloca-se desde o passado para o futuro, ou seja, o lugar da fundação do direito e da política não mais se encontra na tradição, mas sim na permanente (na presente) promessa constitucional. E, por isso, quando essa promessa não se cumpre, os juristas se perguntam sobre o futuro da constituição” (Magalhães, 2001, p. 8-9).

⁹⁸ Bonavides (2002, p. 600-620).

⁹⁹ No contexto brasileiro, um exemplo dessa utilização da constituição como “bode expiatório” em períodos de crise política é a Proposta de Emenda à Constituição nº 157/2003, atualmente em tramitação no Congresso Nacional, com a qual se pretende convocar uma Assembléia de Revisão Constitucional para alterar dispositivos da Constituição de 1988 sem a observância do quorum qualificado, sob a justificativa de que a rigidez constitucional constitui um empecilho à aprovação de reformas necessárias ao aperfeiçoamento das instituições políticas nacionais. Para uma crítica a essa proposta de convocação de uma assembléia revisora, cf. Araújo Pinto (2006), Carvalho Netto (2006a), Costa (2006) e Sousa Jr. (2006). Maiores informações sobre o trâmite e o conteúdo da PEC nº 157/2003 estão disponíveis nos sítios eletrônicos da Câmara dos Deputados (www.camara.gov.br) e do Senado Federal (www.senado.gov.br).

Como mecanismo de acoplamento estrutural, a constituição demarca os limites do direito e da política. Ao fundar um Estado de Direito, um Estado no qual a política é limitada juridicamente, e o direito, produzido politicamente, ela pode ser interpretada como a forma dessa distinção, como a unidade da diferença entre direito e política¹⁰⁰.

Em relação ao sistema jurídico, a constituição também pode ser interpretada como uma forma. Nesse caso, como forma constitucional, como norma suprema de todo o ordenamento, como norma das normas, isto é, como forma (ou unidade) da distinção entre direito constitucional e direito infraconstitucional.

Em uma sociedade diferenciada por funções, que opera sem referências externas ou fundamentos absolutos, todo o direito é direito positivo, ou seja, um direito que somente pode ser estatuído e modificado por meio de decisões¹⁰¹, a começar pela própria decisão constituinte do povo soberano, que decide, paradoxalmente, auto-limitar o seu poder ilimitado¹⁰², fixando os respectivos limites em um texto constitucional. O direito moderno não possui, portanto, conteúdos imanentes, derivados da natureza

¹⁰⁰ “O paradoxo de que a unidade do direito e da política, garantida sob o Estado de direito, é a unidade de uma diferença reaparece, sobretudo, nos problemas da legitimidade e da efetividade das constituições. As constituições significam, na modernidade, uma nova ligação do direito e da política. (...) Na modernidade, do acoplamento estrutural de direito e política mediante as constituições resultou que o direito positivo ofereceu à política uma sua legitimação, estabelecendo procedimentos juridicamente regulados para a tomada de decisões políticas e, sobretudo, para a tomada da primeira das decisões políticas, relativa a quem tem o poder de decidir. Essas surgem com a pretensão de ser a constituição a um só tempo do direito e da política, de ser a constituição da sociedade. O fundamento comum do direito e da política, nas constituições, permanece sendo indicado como soberania, agora chamada de “soberania popular”. O paradoxo reaparece no fato de que o direito prescinde do soberano – o povo – para impor-se juridicamente e de que o Estado, mesmo sob a égide das constituições, por repetidas vezes, no nosso século, apresentou-se como um Estado que não era, de fato, “de direito” (e, tampouco, popular)” (Magalhães, 2001, p. 4-5).

¹⁰¹ “(...) podemos reduzir o conceito da positividade à formulação de que o direito não só é *estatuído* (ou seja, escolhido) através de decisões, mas também *vige* por força de decisões (sendo então contingente e modificável). Através da reestruturação do direito no sentido da positividade, sua contingência e sua complexidade são imensamente aumentadas e com isso equiparadas às necessidades de uma sociedade funcionalmente diferenciada” (LUHMANN, 1985, p. 10).

¹⁰² Sobre o paradoxo da soberania popular, cf. Magalhães (2001).

necessária das coisas. Por ser o resultado de uma decisão, seu conteúdo é sempre artificial, contingente, mutável.

A positivação do direito levada a cabo pelo constitucionalismo foi responsável pelo rompimento da antiga unidade entre fundamento e validade¹⁰³. A vigência do direito deixou de ser justificada com o recurso à natureza, a um direito natural supostamente eterno e imutável. A validade das normas não possui mais um fundamento extra-jurídico. Ao contrário, qualquer fundamento utilizado para justificar a aplicação de uma norma é que deve ser considerado válido, por estar em conformidade com a constituição¹⁰⁴.

Por trás da constituição, não há um fundamento último, mas sim um paradoxo. Ela não está fundada em uma idéia transcendente de justiça – embora se possa insistir que ela reflete uma espécie de “ordem objetiva de valores”¹⁰⁵ –, mas apenas nela mesma. Esse paradoxo pode ser ocultado com o auxílio da fórmula, também paradoxal, da soberania popular, o que representa uma externalização política do paradoxo, uma remissão à legitimidade do poder constituinte do povo. Legitimidade essa que é reconstruída internamente pelo sistema jurídico como supremacia da constituição, como forma constitucional.

A constituição dá origem à validade do direito moderno. Trata-se de uma decisão que decide como se deve decidir. Uma decisão que confere ao direito o direito de decidir sobre o direito. Uma decisão, portanto, paradoxal. Ela funda o direito ao fundar a si mesma. Ao se auto-constituir como norma suprema, como norma das

¹⁰³ De Giorgi (1998, p. 29).

¹⁰⁴ De acordo com Luhmann, a validade constitui um símbolo circular e auto-referente que gera a unidade do sistema jurídico moderno, possibilitando a conexão entre as suas diversas operações. Cf. Luhmann (1993b, p. 67-75).

¹⁰⁵ Alexy (2003).

normas, a constituição substitui os fundamentos externos e transcendentais do direito natural por um fundamento jurídico interno, dando estrutura à autodeterminação do direito positivo¹⁰⁶:

A Constituição é assim a forma mediante a qual o sistema jurídico reage à sua própria autonomia. Em outros termos, a Constituição deve deslocar (...) aqueles sustentáculos externos que haviam sido postulados pelo jusnaturalismo. Ela substitui quer o direito natural em sua versão cosmológica mais tradicional, quer o direito racional com o seu concentrado de teoria transcendental que se autoreferencia a uma razão que julga a si própria. No lugar dessa última, sub-entra um texto parcialmente autológico. Isto é, a constituição fecha o sistema jurídico ao discipliná-lo como um âmbito no qual ela, por sua vez, reaparece. Ela constitui o sistema jurídico como sistema fechado mediante o seu reingresso no sistema. (...) isso se verifica ou através de regras de colisão que garantem o primado da Constituição; ou mediante disposições relativas à alterabilidade/não-alterabilidade da Constituição; e ainda: mediante a previsão constitucional de um controle de constitucionalidade do direito (...)¹⁰⁷.

A afirmação de que a constituição é uma norma superior que serve de parâmetro de validade para as demais normas introduz uma distinção assimétrica que permite ocultar o paradoxo da auto-fundação do sistema jurídico. O direito pode, assim, constituir a si mesmo enquanto unidade da diferença entre direito constitucional e infraconstitucional, entre o direito que constitui – ou melhor, que se auto-constitui – e o direito que é constituído (ou auto-constituído)¹⁰⁸.

Como o direito deve ser avaliado não mais em relação a uma idéia de justiça natural e imanente – que é, em si, exterior ao sistema –, mas sim a uma norma interna ao próprio sistema – a constituição –, essa assimetria hierárquica possibilita que o código direito/não-direito seja replicado com o auxílio de uma segunda distinção, aquela entre constitucional e inconstitucional:

¹⁰⁶ Corsi (2001, p. 174).

¹⁰⁷ Luhmann (1996b p. 10-11).

¹⁰⁸ “(...) é decisivo o fato de a introdução de uma assimetria na relação entre dois tipos distintos de texto, a Constituição e o outro direito, vir vinculada à interrupção do regresso infinito na resposta à questão da fundação. O direito é, portanto, a unidade da diferença entre dois tipos de texto: o direito constitucional e o outro direito” (Luhmann, 1996b, p. 11).

Preste atenção à audácia desse princípio: todas as demais leis podem agora ser observadas e avaliadas em vista de sua conformidade ou não ao direito! Qualquer lei, com a única exceção problemática a própria Constituição, pode ser não-conforme o direito. Todo o direito é colocado em uma situação de problematicidade, de contingência. E isso não apenas na medida em que o legislador pode criá-lo ou modificá-lo (o que vale também para a Constituição), mas porque o direito pode ser não-direito, ou seja, ilícito. O código direito/não-direito torna-se supraordenado a todo o direito com exceção da lei constitucional¹⁰⁹.

Ao acoplar direito e política, a constituição impede que o poder funcione como um terceiro valor capaz de se sobrepor ao código binário do direito. O sistema jurídico se autonomiza e o direito natural deixa de ser necessário como mecanismo de integração jurídica da sociedade. O fundamento da validade é internalizado, e o paradoxo, ocultado por meio da referência à norma constitucional. A aplicação seletiva dos valores do código, isto é, a seleção daquilo que é e daquilo que não é direito é submetida a outros níveis de seletividade. O que a princípio poderia ser considerado direito pode ser enquadrado como inconstitucional e, portanto, como não-direito, e não apenas como injusto, imoral, contrário à natureza. Com o auxílio da constituição, o sistema se desparadoxiza. O próprio direito pode observar se é direito ou não direito – isto é, constitucional ou inconstitucional – distinguir os eventos como conformes ou contrários ao direito¹¹⁰.

A constituição representa, assim, um projeto de desparadoxização, uma tentativa de fundamentar o direito de decidir sobre o direito. Todavia, a constituição também é uma norma jurídica. Ela constitui uma referência interna, e não externa ao sistema. Trata-se de uma norma autológica. Uma forma que se auto-inclui naquilo que ela mesma distingue, o que pode, em última análise, conduzir ao questionamento acerca

¹⁰⁹ Luhmann (1996b, p. 7).

¹¹⁰ “(...) o código direito/não-direito gera a Constituição para que a Constituição possa gerar o código direito/não-direito. A diferença radicalizada estabelece o texto que, por sua vez, estabelece a diferença – todavia sob a condição de que toda manobra autológica se torne invisível” (Luhmann, 1996b, p. 12).

da própria constitucionalidade da constituição, ou seja, à constatação da existência de normas constitucionais inconstitucionais, o que demonstra que ela não elimina o paradoxo, mas apenas o torna provisoriamente invisível.

A forma constitucional pressupõe que a constituição seja considerada uma norma superior, um parâmetro de validade para as demais normas do sistema. Pressupõe, portanto, a distinção assimétrica constitucional/infraconstitucional e a conseqüente indicação de que, em caso de colisão, a constituição – o lado da forma constitucional – deve prevalecer sobre o outro direito, sobre o direito infraconstitucional. Desse modo, o paradoxo moderno da auto-fundação do direito positivo pode ser utilizado de modo criativo, principalmente no exercício do controle de constitucionalidade das leis produzidas pelo parlamento.

O sistema jurídico da sociedade moderna constrói seus próprios fundamentos ao se diferenciar como um âmbito funcional autônomo. Para tanto, a constituição cumpre o papel fundamental de positivizar os conteúdos supostamente universais do direito natural, de transformar as referências externas em auto-referência, permitindo que o que antes era natural e necessário seja agora tratado como artificial e contingente, isto é, como algo disponível para a decisão.

Inicialmente, a diferenciação, a autonomia e a auto-referência do direito positivo podem ser disfarçadas (ou ocultadas) através de uma descrição hierárquica das relações entre direito e política. De acordo com essa descrição, o juiz não deve inovar ao decidir um caso. Deve apenas aplicar a lei produzida de forma “racional” e “coerente” pelo legislador. Somente diante de uma exceção, em que as regras não são claras, em que o ordenamento apresenta uma “lacuna”, é que é possível o recurso a uma norma mais genérica, a um “princípio geral do direito”.

Quando a obscuridade das regras se torna a regra, e não somente a exceção, o papel criativo do juiz, antes latente, torna-se manifesto. Essa criatividade pode ser traduzida, em um primeiro momento, como discricionariedade. Perante um “caso difícil”, o juiz deve decidir de maneira discricionária, avaliando, em certa semelhança ao legislador e ao administrador, qual é a melhor solução para o problema.

Uma outra alternativa, contudo, consiste na hipótese de que o juiz não escolhe (ou não deve escolher) discricionariamente a decisão a ser adotada, pois pode descobrir, com base nos princípios, que há sempre uma única resposta correta para todos os casos, por mais controversos que eles possam, a primeira vista, parecer. Se esses princípios não são apenas princípios gerais, e sim princípios constitucionais, aumenta-se a probabilidade, assim como também a obrigatoriedade, de que essa resposta seja descoberta (ou inventada), pois, diante de eventuais regras obscuras e imprecisas da legislação, pode-se (ou deve-se) recorrer àquilo que prevê a constituição.

A distinção entre princípios e regras, conforme será visto a seguir, além de representar uma tentativa de desparadoxização construída pela teoria do direito no século XX, incrementa a possibilidade de que a forma constitucional seja utilizada, na prática jurídica, de uma maneira criativa ao possibilitar a fundamentação de decisões com base na fórmula altamente paradoxal dos princípios constitucionais.

1.2.2. Princípios e regras: uma distinção criativa

A positivação dos conteúdos supostamente universais do direito natural em um texto constitucional levanta o problema de como justificar a auto-fundação do

direito positivo. A constituição, conforme visto acima, representa, assim, uma primeira estratégia de desparadoxização. Ela proporciona um fundamento interno para o direito de decidir sobre o direito. A soberania popular legitima o exercício do poder constituinte, cuja decisão fundamental é interpretada juridicamente como norma constitucional. A unidade dessa norma é tratada, na prática, como uma distinção, como a diferença entre direito constitucional e infraconstitucional. Essa diferença permite que o paradoxo da reentrada da distinção direito/não direito seja ocultado. Com o auxílio da constituição, pode-se observar se é direito ou não direito, isto é, constitucional ou inconstitucional, distinguir os eventos como conformes ou contrários ao direito.

A constituição contribui, portanto, para a diferenciação funcional do sistema jurídico como um âmbito de comunicação autônomo. Essa diferenciação encontra respaldo organizacional na distinção entre legislação e jurisdição¹¹¹. Ela requer tanto a positivação da legislação, ou seja, a possibilidade de que todas as leis possam ser alteradas através de procedimentos previstos no próprio texto constitucional, como também a unificação da jurisdição, a existência de uma organização centralizada responsável pela aplicação do direito vigente¹¹².

Inicialmente, a distinção entre legislação e jurisdição serve para esconder o fato de que o direito regula a sua própria produção. Em outras palavras, a distinção oculta o paradoxo derivado da constatação de que o juiz cria, ao interpretar a lei produzida pelo legislador, o direito que ele mesmo aplica¹¹³. Ela permite que sejam concebidas como separadas as atividades de produção e aplicação do direito. De um

¹¹¹ Luhmann (1990b, p. 151).

¹¹² “A transição no sentido da positivação do direito se autoqualifica como direito – embora em um primeiro momento ainda sob a tutela do direito natural ou da razão. Apenas em um segundo momento – à positivação da legislação segue-se a unitarização da jurisdição sem a qual esse processo não teria tido sentido – essa referência à intangibilidade é substituída pela lei constitucional” (Luhmann, 1996b, p. 10).

¹¹³ Luhmann (1993b, p. 218).

lado, há a formulação de leis gerais e abstratas, cuja modificação é justificada por motivos políticos, e de outro, a aplicação individualizada dessas leis às situações particulares, em que devem ser levadas em conta as especificidades de cada caso concreto. Pode-se admitir, então, que os juízes, por estarem vinculados à lei produzida pelo parlamento, decidam de maneira livre e independente, embora essa vinculação seja, ela mesma, objeto de interpretação¹¹⁴.

Com base nessa distinção, as relações entre direito e política são, em certa medida, concebidas de modo hierárquico. As leis produzidas pelos órgãos políticos competentes devem determinar diretamente a decisão do juiz, que é visto como nada mais do que um agente encarregado de expressar, em situações específicas, a vontade prévia do legislador. De acordo com Luhmann:

A arquitetura hierárquica do mundo da antiga cosmologia deixa, todavia, suas sombras e, nesse marco, não é possível pensar separadamente a lei e o Império. A relação entre competência legislativa e competência judicial se constrói sobre um tipo de hierarquia – a hierarquia se concebe como cadeia de instruções ordenadas de cima para baixo (...). O tribunal é concebido como órgão executivo da competência legislativa e a metódica jurídica como simples dedução¹¹⁵.

A hierarquia nas relações entre legislação e jurisdição – e, conseqüentemente, entre direito e política – pode ser questionada, contudo, quando se admite a possibilidade de imposição de limites constitucionais ao poder legislativo, limites esses que devem ser declarados e controlados pelo poder judiciário¹¹⁶.

¹¹⁴ Luhmann (1990b, p. 153). De acordo com Luhmann, essa distinção permite que o sistema jurídico observe a si mesmo a partir de uma observação de segunda ordem recíproca entre legislador e juiz: “O juiz deve tentar entender o que quis o legislador, isto é, como ele observou o mundo. Por isso se desenvolvem os métodos correspondentes para “interpretar” a vontade do legislador. O legislador também deve imaginar como serão acolhidos e trabalhados os casos decididos no tribunal” (Luhmann, 1993b, p. 215-216).

¹¹⁵ Luhmann (1993b, p. 216).

¹¹⁶ “(...) é sobretudo a vigência de uma Constituição em termos de Direito Positivo que faz com que a hierarquização da relação entre a legislação e a jurisprudência se torne questionável. Ela retirou dos

Todavia, mesmo na ausência de um efetivo controle de constitucionalidade das leis, a hierarquia já se torna duvidosa a partir do momento em que se exige que os juízes decidam todas as questões que lhe são submetidas, independentemente de prévia e explícita regulamentação legal. Se não há um direito a ser “descoberto” na lei, o juiz deve “criá-lo”, o que reflete muito mais uma autonomia do que uma subordinação da jurisdição à legislação.

A proibição de denegação da justiça constitui um aspecto central do processo de diferenciação do sistema jurídico. Ela fixa a competência universal do sistema para todas as questões de direito, dando origem, conforme já observado mais acima, à codificação binária da comunicação jurídica. O direito pode funcionar, assim, como um sistema aberto a todas as demandas do ambiente¹¹⁷. Essa abertura pressupõe, contudo, um fechamento no nível das operações, a possibilidade de que apenas o direito – no caso, a jurisdição – possa definir como alocar os valores do código, decidindo, em concreto, quem tem e quem não tem direito¹¹⁸.

Tribunais aquele respaldo que podia estar num modo de argumentação dentro das categorias do Direito natural (e que, de resto, raras vezes foi utilizado). Com isso assumimos, no entanto, o problema de que todo o direito pode estar de acordo ou contrário à Constituição. Acontece que onde a Constituição constitui e restringe as competências da legislação, surge a pergunta de quem deve tomar a decisão nesse caso. Cada transferência dessa tarefa ao legislador tornaria a restrição de modificações da Constituição sem sentido, embora ela pertença ao Direito vigente. Por isso só os Tribunais podem ser competentes. Mas isso só pode ser tolerado se os próprios Tribunais forem constituídos pela Constituição, obrigados ao respeito ao seu texto e destarte limitados. De qualquer maneira a simples existência das Cortes Constitucionais suscita dúvidas sobre se a descrição hierárquica da relação entre legislação e jurisprudência faz justiça ao problema ou se ela representa apenas uma solução de emergência, à qual recorreremos por ela nos parecer, num primeiro momento, apropriada para dissolver a circularidade auto-referencial do sistema jurídico diferenciado, que é a sua própria fonte de direito” (Luhmann, 1990b, p. 157-158).

¹¹⁷ “Enquanto o direito romano e também o direito da Idade Média ofereciam proteção jurídica apenas às demandas definidas com exatidão (*actio*, *writ*), na transição para a modernidade se tornou natural que qualquer demanda devesse ser respondida com uma decisão, ainda que não estipulada em lei (por exemplo, o famoso artigo 4º do *Code Civil*). Somente com essa norma de conceder à jurisdição a responsabilidade própria, o juiz se emancipou do velho controle imperial da política. Somente então pareceu sensato estender paulatinamente essa competência judicial aos assuntos jurídicos públicos” (Luhmann, 1993b, p. 221-222).

¹¹⁸ “(...) a norma que proíbe a recusa da Justiça é estatuída como uma dupla negação sem conteúdo: a *não*-decisão *não* é permitida. Essa norma faz justiça à universalidade do princípio da proteção legal, que, por sua vez, corresponde à competência universal do sistema jurídico para todas as questões de Direito. Além disso, essa forma leva em consideração o fato de que não se pode antecipar, num sistema

Para além de uma suposta hierarquia entre legislação e jurisdição, a obrigação de decidir permite que o sistema jurídico seja descrito a partir de uma distinção não hierárquica entre centro e periferia. O centro é composto por todas as comunicações formuladas a partir dessa obrigação, que têm lugar, portanto, na jurisdição, em organizações formais como os fóruns e tribunais. Já a periferia é composta por todas as demais comunicações jurídicas que não estão sob a pressão imediata de decidir¹¹⁹.

O centro não possui qualquer primazia em relação à periferia¹²⁰. Ao contrário, ele é sempre menos complexo devido às limitações que são impostas pelos procedimentos construídos para viabilizar a decisão. Apenas nele é possível a organização hierárquica da comunicação, refletida no escalonamento entre instâncias inferiores, tribunais de apelação e tribunais superiores¹²¹. A periferia, por sua vez, por não estar coagida a decidir, possui maiores possibilidades de processar expectativas normativas, dando-lhes um tratamento muito mais complexo se comparado à redução drástica de complexidade que deve ser obtida na construção de uma decisão.

As organizações judiciais, embora interpretadas como o centro do sistema jurídico, não representam, em si, a unidade do sistema, mas apenas o local onde o paradoxo é ocultado¹²². Independentemente da clareza das normas e da comprovação da

jurídico, quais são as pendências que ele deverá resolver. O sistema funciona como sistema operativo fechado, à medida em que ele somente precisa reproduzir suas próprias operações; mas ele é, exatamente nessa base, um sistema aberto ao mundo circundante, à medida em que ele deve estar disposto a reagir a proposições (...) de qualquer espécie, contanto que elas assumam uma forma jurídica. Assim, a proibição da recusa da Justiça garante a abertura por intermédio do ‘fechamento’” (Luhmann, 1990b, p. 160-161).

¹¹⁹ Sobre a posição dos tribunais no sistema jurídico, cf. Luhmann (1990b) e Luhmann (1993b, p. 212-240). Essa centralidade da jurisdição também é destacada por outros autores. Para Ronald Dworkin, por exemplo, “os tribunais são as capitais do império do direito” (Dworkin, 2003, p. 486).

¹²⁰ Luhmann (1990b, p. 164).

¹²¹ Luhmann (1990b, p. 165).

¹²² Luhmann (1993b, p. 240). De acordo com Celso Campilongo: “Para os Tribunais, os casos são essencialmente um problema a ser resolvido e não algo a ser registrado. O paradoxo da autofundação do direito fica cada vez mais evidente. E o lugar de tratamento desse paradoxo também fica cada vez

veracidade dos fatos, os juízes estão obrigados a decidir e, conseqüentemente, a apontar fundamentos para as suas decisões. A obrigatoriedade é, paradoxalmente, uma condição para a sua liberdade, para a reivindicação da autonomia na construção dos critérios e justificativas que tornam possível a adoção da decisão:

Quem se vê coagido à decisão e, adicionalmente, à fundamentação de decisões, deve reivindicar para tal fim uma liberdade imprescindível de construção do Direito. Somente por isso não existem ‘lacunas no Direito’. Somente por isso a função interpretativa não pode ser separada da função judicativa. E somente por isso o sistema jurídico pode reivindicar a competência universal para todos os problemas formulados no esquema ‘direito ou não-direito’¹²³.

A obrigação de decidir e de fundamentar as decisões impulsiona, assim, o sistema a utilizar criativamente os seus paradoxos. “Quando não se encontra o direito, deve-se inventá-lo”¹²⁴. A invenção, todavia, deve ser justificada. Deve ser comunicada não como pura invenção, mas como o resultado de uma interpretação coerente das normas, por mais incoerentes que elas possam, em tese, parecer.

Ao fundamentar suas decisões, o sistema procura ocultar os seus paradoxos, evitando, assim, a reentrada da distinção direito/não direito. Nesse nível de suas operações, o paradoxo não constitui necessariamente um problema. Ao contrário, os paradoxos são altamente operativos¹²⁵. Para fugir deles, isto é, para escondê-los, o

mais determinado: os Tribunais. Por isso, os Tribunais ocupam uma posição central e protegida no interior do sistema jurídico. Produzir contratos e legislar, por exemplo, significa criar programas típicos do sistema jurídico. Entretanto, em nenhum desses casos existe a obrigação de decidir. São atributos periféricos do sistema. Por periferia no interior dos sistemas Luhmann imagina as zonas de maior “irritabilidade”, “sensibilidade” e “contato” com os outros sistemas funcionais. E a partir dessa periferia que o não direito pode se transformar em direito. A periferia funciona como um amortecedor para as questões a serem submetidas aos Tribunais. A periferia é tolerante diante das questões não rotineiras e pode renunciar à obrigação de decidir. O centro é segmentado e hierarquizado: divisão de competências horizontais e organização escalonada de instâncias recursais ilustram isso. Tudo somado – obrigação de decidir, posição central e hierarquizada –, vê-se que reside nos Tribunais o atributo de fechar operacionalmente o sistema jurídico” (Campilongo, 2002, p. 164).

¹²³ Luhmann (1990b, p. 163).

¹²⁴ Luhmann (1993b, p. 226).

¹²⁵ “Nas suas operações, (...) um sistema é obrigado a “fazer as contas” com paradoxos e tautologias. Isto significa que o sistema deve desenvolvê-los, tornando-se (ele, sistema) operativo. Isto significa que um

sistema é forçado a introduzir distinções criativas que assimetizam a simetria do código, tornando possível indicar, diante de um caso específico, o que deve ser considerado direito e o que não deve. Para o sistema não há outra opção. Independentemente da lógica, deve-se decidir.

O sistema jurídico, então, constrói programas que fornecem critérios, na forma de premissas decisórias, para a aplicação seletiva do código binário. Com o auxílio dos programas, o sistema se desparadoxiza. Os casos podem ser decididos a partir de premissas que indicam como alocar os valores do código.

Os programas do sistema jurídico são programas do tipo condicional. Ao contrário dos programas finalísticos ou de escopo, cujos critérios são voltados para a avaliação de conseqüências que podem ser produzidas no futuro, os programas condicionais são orientados para o passado, podendo ser traduzidos em normas jurídicas cuja condicionalidade se reflete na forma clássica “se/então”: verificada uma condição específica, deve-se adotar uma decisão que concretize o preceito previamente determinado¹²⁶. Isso não significa, de modo algum, que a aplicação do direito possa ser resumida a um esquema puro de subsunção, mas apenas que as decisões jurídicas

sistema convive com seus paradoxos (pois eles, os paradoxos, são altamente operativos)” (Magalhães, 1997, p. 146).

¹²⁶ “Os programas de decisão não apenas possibilitam que sejam tomadas decisões, ainda nos casos em que exista uma vasta gama de decisões passíveis de serem tomadas, como também procuram oferecer uma garantia quanto à correção destas. No caso dos programas condicionais, isto acontece a partir de uma orientação ao passado (trata-se de uma relação do tipo “se..., então...”), enquanto que nos programas de escopo há uma orientação ao futuro. Analisando os diferentes tipos de programas decisórias a partir da categoria risco podemos dizer que no caso dos programas condicionais há uma limitada consideração deste, enquanto que nos programas de escopo o risco é relevante. No caso da programação de escopo espera-se, por exemplo, que a possibilidade de que seja atingido um fim diverso daquele perseguido seja levada em consideração” (Magalhães, 1997, p. 253-254). Sobre a programação condicional do sistema jurídico, cf. Luhmann (1985, p. 27-34). Sobre a distinção entre programas condicionais e finalísticos e suas respectivas utilizações pelos sistemas jurídico e político, cf. Campilongo (2002, p. 103-107).

caracterizam-se por uma estrutura temporal que permite conectar, no presente, passado e futuro¹²⁷.

Esse modelo simplificado produz a ilusão de que a decisão já está determinada pelo passado, quando, na verdade, ela acontece apenas no presente, sendo o resultado de uma reconstrução desse passado que tem conseqüências em eventuais “presentes futuros”¹²⁸.

A complementaridade entre código e programas permite que o paradoxo da decisão seja ocultado. A binariedade e a invariabilidade do código são compensadas pela variedade e mutabilidade dos programas, o que viabiliza a construção de critérios para a decisão para além da pura tautologia da distinção direito/não direito. O paradoxo, contudo, reingressa no sistema mediante casos de difícil solução, em que as regras tradicionais e os programas já existentes não são suficientes para indicar o resultado da decisão, embora, de todo modo, já esteja previamente definido que uma decisão deva obrigatoriamente ser adotada, independentemente do seu conteúdo¹²⁹.

¹²⁷ “(...) a especificidade do direito não está na sua capacidade de condicionar os eventos mediante a fórmula “se..., então...” (aquilo que Kelsen chamou de “dever-ser”), mas sim na sua faculdade de, mediante a aplicação desta fórmula, ligar passado e futuro, conectando os eventos de uma maneira recorrente, de forma que uma decisão possa ser considerada válida porque inserida nesta circularidade” (Magalhães, 1997, p. 254). Os programas condicionais são construídos, em geral, com base na interpretação de outras decisões adotadas no passado, como leis aprovadas pelo parlamento, precedentes judiciais e normas criadas pelos particulares na regulação de seus negócios e interesses (contratos, testamentos, estatutos). A interpretação desse material estabelece critérios que orientam a alocação dos valores do código. A dogmática jurídica, assim como a casuística derivada da jurisprudência dos tribunais, cumpre aqui o papel fundamental de sistematizar conceitualmente o material normativo, contribuindo para a construção desses programas. De acordo com Luhmann, a função da dogmática jurídica consiste em definir “as condições do juridicamente possível, em especial as possibilidades de construção jurídica de casos jurídicos” (Luhmann, 1983a, p. 34).

¹²⁸ Luhmann (1993b, p. 220).

¹²⁹ “A programação complementa a codificação: a enche de conteúdo. A diferença entre codificação e programação permite tautologizar o próprio código, tratá-lo como relação de mudança de valores e, apesar disso, abastecer o sistema com a capacidade para tomar decisões. Combina a invariabilidade com a transformabilidade, ou seja, a invariabilidade com possibilidades de crescimento. Uma vez estabelecido o código como tal (sobretudo mediante uma organização jurisdicional), se inicia também um processo de constituição de regras que toma uma forma autopoietica que se nutre de si mesma. Isso reflete o desenvolvimento do paradoxo original da codificação binário. O jurista pode se apegar às regras e dar menos importância ao fato de que trabalha em um sistema codificado binariamente. Mas

O positivismo jurídico pós-revolucionário ocultou esse paradoxo por meio da distinção hierárquica entre legislação e jurisdição¹³⁰, postulando dogmas como os da onipotência e racionalidade do legislador, da ausência de lacunas na lei e da completude do ordenamento jurídico. Diante de um caso difícil, em que a legislação não é clara, pode-se recorrer à distinção entre letra e espírito da lei¹³¹. Essa distinção constitui uma forma interessante de se ocultar o paradoxo da indecidibilidade. Se a “letra” da lei não é suficiente para oferecer uma resposta imediata, deve-se investigar o seu “espírito”, a sua intenção implícita, a “vontade” que está por trás da sua literalidade, seja ela a vontade do legislador ou mesmo a vontade (tautológica!) da própria lei em si.

Todas essas fórmulas desparadoxantes devem pressupor, todavia, que o juiz está obrigado a decidir, mesmo quando a lei não é clara. Para sustentar a racionalidade e a superioridade do legislador, é necessário, paradoxalmente, admitir, ainda que de forma implícita, o papel criativo do juiz na interpretação da lei¹³². Em todo caso, o juiz está vinculado à lei. Porém, de acordo com Luhmann, “não se deveria perguntar: como qualquer outra pessoa, incluindo o próprio legislador? Se não fosse assim, como se poderia falar de democracia?”¹³³.

não completamente. O problema da unidade da diferença de valores do código reingressa no sistema. Isso pode suceder na forma de casos que podem ser decididos e onde Atenas tem que intervir no Areópago. Esse problema foi integrado à organização jurídica mediante a proibição de denegação de tomar uma decisão, de modo que se constitui, por sua vez, como princípio de crescimento e como a geração do direito do juiz” (Luhmann, 1993b, p. 145-146).

¹³⁰ “O positivismo jurídico do século XIX havia introduzido uma distinção desparadoxante que implica a consideração de que as leis devem ser gerais, enquanto que a aplicação destas ao caso concreto deve ser feita de acordo com as particularidades de cada caso: a distinção entre legislação e jurisdição (administração da justiça)” (Magalhães, 1998, p. 443).

¹³¹ Luhmann (1993b, p. 217).

¹³² De acordo com Hart, esse é o preço que se tem que pagar para evitar inconvenientes como o eventual reenvio de um caso difícil para a solução do legislador: “Que aos juízes devam ser confiados poderes de criação do direito para resolver litígios que o direito não consegue regular, pode ser encarado como o preço necessário que se tem de pagar para evitar o inconveniente de métodos alternativos de regulamentação desses litígios, tal como o reenvio da questão ao órgão legislativo, e o preço pode parecer baixo se os juízes forem limitados no exercício destes poderes e não puderem modelar códigos ou amplas reformas, mas apenas regras para resolver as questões específicas suscitadas por casos concretos” (Hart, 2005, p. 338).

¹³³ Luhmann (1993b, p. 218).

Os debates acerca da aprovação do código civil francês – envolvendo, especialmente, o seu famoso art. 4º, que estabeleceu expressamente a proibição de denegação da justiça¹³⁴ – demonstram que os juristas da época já estavam conscientes do papel relevante a ser desempenhado pelo juiz na aplicação da lei, embora, para a superação das suas lacunas, ainda tivessem em mente a necessidade de recorrer aos preceitos de direito natural¹³⁵.

Todavia, como forma de contraposição ao antigo regime e para evitar ao máximo os resquícios do direito natural na atividade jurisdicional, que poderiam supostamente conferir aos juízes um arbítrio considerável em detrimento da observância estrita das leis aprovadas pelos representantes do povo – ou, no caso do código civil, pelo seu imperador – prevaleceu o dogma da onipotência do legislador e, conseqüentemente, a descrição hierárquica das relações entre legislação e jurisdição¹³⁶.

A partir dessa hierarquia, o direito é, então, concebido como um conjunto ordenado e coerente de comandos e normas previamente declaradas pelo legislador – ou, quando muito, já explicitadas em decisões anteriores dos tribunais. Um sistema fechado de regras claras e bem delimitadas que regulam, ainda que de modo implícito, todas as situações concretas de aplicação, não deixando qualquer espaço para a criatividade ou iniciativa inovadora do juiz¹³⁷.

¹³⁴ De acordo com o art. 4º do código civil francês: “O juiz que se recusar a julgar sob o pretexto do silêncio, da obscuridade ou da insuficiência da lei, poderá ser processado como culpável de justiça denegada” (Bobbio, 1995, p. 74).

¹³⁵ Bobbio (1995, p. 76-77).

¹³⁶ Sobre a contradição entre os propósitos declarados pelos redatores do código, que ainda recorriam ao direito natural para justificar o preenchimento das lacunas da lei pelo juiz, e os seus primeiros intérpretes, que formularam as bases doutrinárias do que posteriormente ficou conhecido como Escola da Exegese, especialmente o dogma da onipotência do legislador, cf. Bobbio (1995, p. 73-78).

¹³⁷ Sobre a formação histórica, assim como as principais teses das teorias positivistas tradicionais, cf. Bobbio (1995).

Desde o século XIX, no entanto, a prática judicial vai tornando patente a liberdade do juiz na interpretação da lei. As idéias de um legislador racional e da ausência de lacunas, assim como a distinção entre letra e espírito da lei, mantêm a hierarquia na descrição, embora, na prática, o juiz cada vez mais assimile a sua autonomia¹³⁸.

No século XX, essa descrição hierárquica, assim como o conjunto de dogmas e fórmulas disparadoxantes por ela sustentadas, entra em colapso. Com a modificação progressiva e cada vez mais acelerada das estruturas sociais, em especial com a transição do Estado Liberal para o Estado Social, surgem novos problemas para a teoria do direito¹³⁹. A percepção da crescente complexidade dos fatos sociais, assim como a proliferação de normas desconexas sob os mais diversos assuntos, editadas para concretizar as atividades de um Estado interventor, põem em xeque a concepção do juiz como um mero executor das leis. O paradoxo, então, reaparece. Não obstante a complexidade dos fatos e a imprecisão e incoerência do material legislativo produzido pelo parlamento, o juiz tem que decidir. Mais do que isso, tem também que justificar a sua atividade, apontando fundamentos consistentes para a sua decisão.

Generaliza-se, assim, a percepção de uma relação circular, e não mais hierárquica, entre legislação e jurisdição¹⁴⁰. O papel criativo do juiz é assumido, pois se constata que não apenas as decisões legislativas, mas sobretudo as decisões judiciais

¹³⁸ Luhmann (1993b, p. 217).

¹³⁹ Para uma análise das características e peculiaridades do Estado Social do ponto de vista do sistema político, cf. Luhmann (1994a). Sobre a evolução do Estado Liberal para o Estado Social, cf. Araújo Pinto (2003, p. 32-46). Sobre a evolução da teoria jurídica no século XX a partir da conceção de paradigmas constitucionais, cf. Carvalho Netto (1998) e Carvalho Netto (2001).

¹⁴⁰ “A “jurisprudência” é aceita como fonte *sui generis* de direito. Consequentemente, cada vez mais a relação entre competência legislativa e judicial é entendida de maneira circular: restrição recíproca, e não assimetria linear, do espaço de decisão” (Luhmann, 1993b, p. 217-218).

modificam o direito vigente¹⁴¹. Torna-se manifesto o paradoxo, antes latente, de que o juiz cria o direito que ele mesmo aplica. Ou seja, o paradoxo inerente à própria auto-referência do direito positivo, que não é simplesmente determinado politicamente por um legislador “onipotente” e “racional”, mas que, ao contrário, deve determinar a si mesmo – de uma forma, portanto, paradoxal.

A teoria jurídica do século XX foi, então, forçada a utilizar novas estratégias de desparadoxização, introduzindo distinções criativas como ser/dever ser, regras primárias/regras secundárias, texto/contexto, norma texto/norma programa, justificação/aplicação, faticidade/validade e, de interesse especial para esta dissertação, princípios/regras¹⁴².

Inicialmente, a impossibilidade de determinar previamente, por meio da legislação, o que deve e o que não deve ser considerado direito em um caso concreto,

¹⁴¹ “(...) a prática jurídica vai indicar que o Direito transforma-se com base em decisões, sejam elas legislativas ou judiciais. Cada operação realizada no interior do sistema jurídico, cada observação feita com referência ao código do legal e do ilegal, vai modificar o próprio Direito, pois vai possibilitar que a ela sejam conectadas ulteriores decisões” (Magalhães, 1998, p. 443).

¹⁴² “O direito funda-se num paradoxo: o paradoxo da unidade da diferença entre direito e não-direito. Essa diferença – entre aquilo que, na sociedade, não é direito e aquilo que, na sociedade, é direito – na história das teorias jurídicas manifestou-se/ocultou-se de diversas formas, ou seja, através da introdução de assimetrias tais como Direito Natural/Direito Positivo, ser/dever-ser, princípios/regras, etc. Referências externas ao direito, clássicas na teoria jurídica, tais como a Natureza, Religião (Deus), Moral (Razão), Política (Soberania), etc., funcionam como uma espécie de interrupção da circularidade na qual se funda o direito: o direito que tem o direito de dizer o que é direito e o que não é direito. Toda vez que as modalidades da auto-reflexão do sistema jurídico se viram confrontadas com a circularidade constituinte do direito, tratou-se de inventar fórmulas que apresentem, para além da tautologia do círculo, um fundamento último para o direito. No entanto, estas estratégias são precárias e artificiais, no sentido de que não descrevem a realidade do modo em que, na sociedade, se produz e, portanto, se autolegitima o direito da sociedade. Elas apenas encobrem esta realidade que, tal como é, não pode ser observada pelas teorias jurídicas, comprometidas com a decidibilidade dos “conflitos” através do direito: o direito opera no sentido de produzir decisões jurídicas, mas não pode, a cada decisão, confrontar-se com a questão relativa à sua legitimidade – o direito ao direito – para fazê-lo. Ocorre que, mais cedo ou mais tarde, os artificios criados pelas teorias têm sua plausibilidade exaurida, e o paradoxo, latente, volta a aparecer. Assim ocorreu com a máscara da soberania, assim ocorreu com a precária metáfora do contrato social, com a anterioridade dos direitos naturais diante daqueles ditos positivos, com a pressuposição da norma fundamental kelseniana e, também, com as tentativas de fundar o direito, visto como um texto, nos mais diversos contextos. Toda vez que uma “máscara” cai, os limites das teorias tornam-se bastante evidentes, ou seja, o paradoxo, que permanecia latente por detrás daqueles artificios, volta a aparecer. Uma nova estratégia, então, tem de ser inventada. Com este propósito, no século XX tornaram-se bastante difundidas distinções que vêm ocultar o fato de que normas jurídicas sejam socialmente construídas como fatos sociais que, por sua vez, manifestam-se também como normas jurídicas: “ser/dever-ser”, “faticidade/validade”, “princípios/regras” ou, ainda, “princípios/consequências”” (Magalhães, 2002, p. 128-129).

isto é, a constatação da inevitável criação jurisprudencial do direito por meio da interpretação dos textos normativos é percebida por autores como Hans Kelsen e Herbert Hart. Essa impossibilidade é descrita por Kelsen como “indeterminação estrutural do direito”¹⁴³, e por Hart, como “textura aberta do direito”¹⁴⁴.

Diante dessa “estrutura indeterminada” ou “textura aberta”, tanto Kelsen quanto Hart admitem que, em determinadas situações – ou, talvez, na maioria delas –, quando as normas existentes não apontam uma solução clara ou unívoca para o caso, o juiz deve exercer o seu poder discricionário, avaliando, em certa semelhança ao legislador, qual decisão deve ser adotada¹⁴⁵.

Kelsen admite que a diferença entre a discricionariedade do juiz e a discricionariedade do legislador e do administrador é apenas quantitativa, e não qualitativa¹⁴⁶. Se a norma jurídica representa somente uma moldura a ser preenchida de acordo com a vontade da autoridade competente, não há qualquer vínculo jurídico que obrigue a autoridade – seja ela um juiz, um legislador ou um administrador – a descobrir (ou inventar) a única resposta correta para o caso. A avaliação da melhor decisão não constitui uma preocupação da teoria do direito, mas sim da “política do Direito”¹⁴⁷. Não se trata de um problema jurídico, mas sim político. A diferença entre direito e política é, portanto, tratada não como diferença, mas como unidade. Mesmo

¹⁴³ Kelsen (2006, p. 387-397).

¹⁴⁴ Hart (2005, p. 137-149).

¹⁴⁵ “O positivismo jurídico – já em KELSEN, mas sobretudo em HART – assume uma visão de que há uma zona de imprecisão lingüística na regra jurídica e que os juízes dispõem, portanto, de uma liberdade interpretativa. Ambos, KELSEN e HART, afirmam a tese do poder discricionário dos juízes” (Magalhães, 1998, p. 436). De acordo com Kelsen, a própria idéia de univocidade das normas jurídicas é apenas uma “ficção de que se serve a jurisprudência para consolidar o ideal da segurança jurídica. Em vista da plurissignificação da maioria das normas jurídicas, este ideal é somente realizável aproximadamente” (2006, p. 396).

¹⁴⁶ Kelsen (2006, p. 393).

¹⁴⁷ Kelsen (2006, p. 393).

uma interpretação “autêntica” que esteja além da “moldura imposta pela norma” é uma interpretação válida¹⁴⁸.

Se, de acordo com Kelsen, não há distinção qualitativa, mas tão só quantitativa, entre direito e política, o vínculo jurídico é, paradoxalmente, um vínculo que nada vincula, já que a “moldura jurídica da norma” pode sempre ser transposta pela “vontade política da autoridade” – ou seja, ela é uma moldura que não molda nada (ou quase nada). O tão criticado giro decisionista da teoria pura do direito torna, assim, explícitos os seus paradoxos, exaurindo, em certa medida, o seu potencial reflexivo¹⁴⁹.

Já Hart postula uma diferença fundamental entre a discricionariedade judicial e a legislativa:

(...) não só os poderes do juiz são objecto de muitos constrangimentos que *estreitam a sua escolha*, de que um órgão legislativo pode estar consideravelmente liberto, mas, uma vez que os poderes do juiz são exercidos apenas para ele se libertar de casos concretos que urge resolver, ele não pode usá-los para introduzir reformas de larga escala ou novos códigos. Pos isso, os seus poderes são *intersticiais*, e também estão sujeitos a muitos constrangimentos substantivos. Apesar disso, haverá pontos em que o direito existente não consegue ditar qualquer decisão que seja correta e, para decidir os casos em que tal ocorra, o juiz deve exercer os seus poderes de criação do direito. Mas não deve fazer isso de forma arbitrária: isto é, ele deve sempre ter certas razões gerais para justificar a sua decisão e deve agir como um legislador consciencioso agiria, decidindo de acordo com as suas próprias crenças e valores. Mas se ele satisfizer estas condições, tem o direito de observar padrões e razões para a decisão, que não são ditados pelo direito e podem diferir dos seguidos por outros juízes confrontados com casos difíceis semelhantes¹⁵⁰.

O que significa, todavia, “agir como um legislador consciencioso”? Quais são os pontos em que o “direito vigente não consegue ditar qualquer decisão correta”? É possível (ou mesmo viável) “decidir de acordo com as próprias crenças e valores” e,

¹⁴⁸ Kelsen (2006, p. 394).

¹⁴⁹ Sobre esse giro decisionista, que faz com que a teoria pura “entre em pane” – poder-se-ia dizer, “se depare com os seus paradoxos” –, cf. Coura (2004, p. 409-420).

¹⁵⁰ Hart (2005, p. 336).

simultaneamente, justificar a decisão a partir de “certas razões gerais”? Por trás dessa afirmação não estaria escondido talvez não uma simples contradição, mas sim um paradoxo? Se o juiz está obrigado a decidir conforme o direito vigente e se os “padrões e razões observados na decisão” não são ditados pelo direito, são ditados por quem?¹⁵¹

A resposta de boa parte das teorias do direito pós-positivista – como, por exemplo, a teoria do direito como integridade de Ronald Dworkin¹⁵² – é: pelos princípios! Não princípios quaisquer, derivados da natureza ou da religião, mas sim princípios jurídicos, princípios derivados do próprio direito positivo.

A tese do poder discricionário possui um aspecto problemático, tautológico, paradoxal. Se, diante de um caso difícil, em que as regras não são claras, é necessário admitir que o juiz decida com base no seu poder discricionário, não se deve, conseqüentemente, admitir também que o juiz pode (ou deve) usar a sua discricionariedade para distinguir os casos fáceis dos difíceis, assim como as regras claras das obscuras? Ou seja, não teria o juiz também poder discricionário para decidir quando deve utilizar o seu poder discricionário? Afinal de contas, o que distingue um caso fácil de um difícil senão a própria discricionariedade do juiz?

O reentrar da distinção não pode, todavia, ser tolerado. Ele deve ser ocultado com o recurso a outra distinção. O caráter tautológico da tese do poder discricionário não passa despercebido, por exemplo, por Dworkin, que, para fugir da tautologia, introduz uma outra distinção, aquela entre poder discricionário em sentido

¹⁵¹ De acordo com Habermas: “Hart pensa que a carência interpretacional das normas jurídicas é o resultado da estrutura aberta das linguagens naturais e chega a uma conclusão decisionista. Na proporção em que o direito vigente não é suficiente para a determinação precisa de um estado de coisas, o juiz deve decidir conforme seu próprio arbítrio. O juiz preenche o seu espaço de arbítrio através de preferências não fundamentáveis juridicamente e às vezes orienta suas decisões por padrões morais, que não são mais cobertos pela autoridade do direito” (Habermas, 1997, p. 251-252).

¹⁵² Dworkin (2003).

fraco e em sentido forte¹⁵³. Em sentido fraco, a discricionariedade indica apenas o já constatado papel criativo do juiz na interpretação da lei, isto é, que “os padrões que uma autoridade pública [no caso, um juiz] deve aplicar não podem ser aplicados mecanicamente, mas exigem o uso da capacidade de julgar”¹⁵⁴. Já em sentido forte, ela indica a situação em que a decisão do juiz ou de uma autoridade em geral “não é controlada por um padrão formulado pela autoridade particular que temos em mente [o legislador, por exemplo] quando colocamos a questão do poder discricionário”¹⁵⁵.

Se, como afirma Dworkin, a tese positivista do poder discricionário é tautológica, pois os juízes sempre dispõem de um tal poder em sentido fraco¹⁵⁶ – já que a atividade de aplicação de normas não é nunca mecânica, exigindo sempre a capacidade de julgar do intérprete –, de onde são extraídos os limites ou padrões que negam a discricionariedade em sentido forte do juiz quando as regras não são claras?

Diante de um caso difícil, responde Dworkin, os limites e padrões são fornecidos pelos princípios¹⁵⁷. Por isso não há discricionariedade em sentido forte, pois o direito não é constituído apenas de regras, mas sim de um conjunto de regras e princípios – o direito, pode-se dizer, constitui a unidade da distinção entre regras e princípios.

De acordo com Dworkin, as regras são normas de caráter conclusivo. Sua aplicação se dá à maneira do “tudo ou nada”. “Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão”¹⁵⁸. Um eventual conflito de

¹⁵³ Dworkin (2002, p. 50-63).

¹⁵⁴ Dworkin (2002, p. 51).

¹⁵⁵ Dworkin (2002, p. 53).

¹⁵⁶ Dworkin (2002, p. 55).

¹⁵⁷ Dworkin (2002, p. 71).

¹⁵⁸ Dworkin (2002, p. 39).

regras se resolve na dimensão da validade, em que uma das regras é aplicada, e a outra, declarada inválida¹⁵⁹. Já os princípios são normas de caráter não conclusivo, pois “não apresentam conseqüências jurídicas que se seguem automaticamente quando as condições são dadas”¹⁶⁰. Eles possuem uma “dimensão de peso ou importância”, o que faz com que os conflitos entre princípios sejam resolvidos não na dimensão da validade, mas a partir da consideração da “força relativa de cada um”¹⁶¹. Nesse sentido, eles não estabelecem condições que tornam a sua aplicação necessária, mas, ao contrário, enunciam razões que conduzem os argumentos em uma certa direção, tendo em vista a adoção de uma decisão particular¹⁶². Nas palavras de Dworkin:

(...) somente regras ditam resultados. Quando se obtém um resultado contrário, a regra é abandonada ou mudada. Os princípios não funcionam dessa maneira; eles inclinam a decisão em uma direção, embora de maneira não conclusiva. E sobrevivem intactos quando não prevalecem. Esta não parece uma razão para concluir que juízes que devem haver-se com princípios possuam poder discricionário, já que um conjunto de princípios *pode* ditar um resultado. Se um juiz acredita que os princípios que ele tem obrigação de reconhecer apontam em uma direção e os princípios que apontam em outra direção não têm igual peso, então ele deve decidir de acordo com isso, do mesmo modo que ele deve seguir uma regra que ele acredita obrigatória. Ele pode, sem dúvida, estar errado na sua avaliação dos princípios, mas pode também estar errado em seu juízo de que a regra é obrigatória¹⁶³.

Outros critérios também podem ser apontados para diferenciar as regras dos princípios, como, exemplo, o da generalidade. Enquanto as primeiras seriam normas com um grau relativamente baixo de generalidade, os segundos seriam normas com um grau de generalidade maior¹⁶⁴. Essa é, contudo, segundo Robert Alexy, uma “tese frágil

¹⁵⁹ Dworkin (2002, p. 43).

¹⁶⁰ Dworkin (2002, p. 40).

¹⁶¹ Dworkin (2002, p. 42).

¹⁶² Dworkin (2002, p. 41).

¹⁶³ Dworkin (2002, p. 57).

¹⁶⁴ Para outros critérios de distinção, assim como para uma análise classificatória dos princípios, cf. Atienza e Manero (1991).

de separação”, pois adota um critério quantitativo, e não qualitativo¹⁶⁵. De acordo com Alexy, a diferença fundamental consiste na forma de solucionar eventuais conflitos. As regras devem sempre ser cumpridas em um determinado grau, o que exige, diante de um conflito, que uma delas seja anulada, “expulsa da ordem jurídica”¹⁶⁶. Ao contrário, o grau de cumprimento dos princípios pode variar de acordo com as circunstâncias fáticas e jurídicas, o que exige, para a solução de colisões, uma avaliação ponderada do grau de importância na satisfação de cada um dos princípios concorrentes¹⁶⁷.

Como não poderia deixar de ser, a distinção princípios/regras também está fundada em um ponto cego. O próprio Dworkin admite que a distinção pode não ser clara em determinadas situações, pois a utilização de uma norma como regra ou como princípio depende sempre do respectivo contexto lógico-argumentativo¹⁶⁸.

Os princípios devem ser interpretados, então, não como entidades metafísicas abstratas, mas sim como uma espécie de artifício introduzido para esconder o paradoxo do decisionismo. De acordo com Habermas:

(...) o positivismo chega a uma falsa tese da autonomia [discricionariedade], porque entende o direito como um sistema fechado de regras específicas de aplicação, as quais tornam necessária, em caso de colisão, uma decisão em termos de “tudo ou nada” por parte do juiz. Ora, a representação *unidimensional* do direito, como um sistema de regras destituído de princípios, impõe a seguinte conclusão: colisões entre regras geram uma indeterminação da situação jurídica, que só pode ser superada decisionisticamente. Entretanto, quando se admite princípios – e a justificação da aplicação de normas à luz de princípios – e se os reconhece como componentes *normais* do discurso jurídico, não temos mais o problema do fechamento do sistema de regras, nem o da não-solucionabilidade de conflitos de regras¹⁶⁹.

¹⁶⁵ Alexy (1988, p. 141).

¹⁶⁶ Alexy (1988, p. 142).

¹⁶⁷ Alexy (1988, p. 143-148).

¹⁶⁸ Dworkin (2002, p. 43-46).

¹⁶⁹ Habermas (1997, p. 259).

O paradoxo da indecidibilidade dos casos difíceis, ocultado pelas teorias de Kelsen e Hart com o recurso à idéia do poder discricionário dos juízes – que, de acordo com Habermas, dá origem a soluções decisionistas – é utilizado criativamente pela teoria do direito contemporânea na descrição das normas jurídicas como a unidade da diferença entre regras e princípios.

Os princípios representam, de certo modo, um produto secundário da proibição de denegação da justiça¹⁷⁰. Quando o modelo de regras não é suficiente para a solução de um caso difícil, os juízes, por estarem obrigados a decidir e a fundamentar suas decisões, recorrem aos princípios para legitimar a criação jurisprudencial do direito, evitando, assim, a tese altamente polêmica de que estariam decidindo de maneira discricionária e sem a observância de qualquer vínculo jurídico prévio¹⁷¹. Essa função legitimadora ou auto-simplificadora pode ser ilustrada a partir da história extremamente interessante e curiosa do décimo segundo camelo:

(...) um velho beduíno havia deixado em testamento a seguinte distribuição de seus bens (doze camelos) entre seus três filhos: o filho mais velho, Achimed, deveria ficar com a metade dos bens. Ao filho do meio, Áli, caberia um quarto dos camelos, e ao caçula, Benjamin, um sexto. Quando o pai morreu, o número dos camelos havia se reduzido, e agora o complexo de seus bens consistia em onze camelos. Áli argumentou que era vontade de seu pai que o filho mais velho

¹⁷⁰ Luhmann (1993b, p. 223). Luhmann menciona, com bastante ironia, que um apelo às convicções morais do juiz para a solução de um *hard case* pode ser considerado, em certa medida, um equivalente funcional em relação ao antigo juízo divino. Daí a importância dos princípios como uma estratégia interna de desparadoxização: “O problema dos “hard cases” já existia antes do processo de diferenciação do sistema do direito. Esses casos difíceis eram decididos pelo juízo de Deus. Atualmente, parece que as convicções morais do juiz (dentro das convicções morais do povo) são um equivalente funcional do juízo divino: igualmente imprevisível, mas com melhores possibilidades de contribuir para a formação do direito e, desse modo, transformar o imprevisível em algo previsível. Pense o que pense a teoria do direito acerca dessa arrogância moral, quando os tribunais são expostos a essa obrigatoriedade de decidir, não se lhes pode exigir uma lógica argumentativa que descarte os regressos ad infinitum ou os círculos viciosos. Por isso se perdoa quando se atém a certos princípios” (Luhmann, 1993, p. 224).

¹⁷¹ Avaliando o papel desempenhado pelos princípios gerais do direito nas decisões da Corte de Justiça Européia, Juliana Neuschwander Magalhães constata que: “Os princípios aqui funcionam como dispositivos que permitem, a um só tempo, a produção de decisões onde aparentemente estas não seriam possíveis e, ainda, o estabelecimento de programas decisoriais que sirvam de critério para decisões posteriores. Os princípios funcionam, portanto, como pontos de referência que legitimam uma criação jurisprudencial do direito” (Magalhães, 1997, p. 272-273).

ficasse com seis camelos, mas isso, na verdade, agora era mais do que a metade dos camelos. Os outros irmãos argumentaram que a divisão deveria ser, então, realizada por um juiz. O juiz disse: eu lhes empresto o meu camelo, que, depois, vocês me devolverão. Com doze camelos é possível fazer a conta tal como o pai de vocês havia pensado. Achimed ficou com a metade dos camelos, isto é, com seis. Áli recebeu o seu um quarto, ou seja, três camelos. E, finalmente, Benjamin levou consigo dois camelos, um sexto do total dos camelos a serem divididos. Distribuídos onze camelos, os irmãos devolveram então ao juiz o décimo segundo camelo, aquele que havia tornado possível a divisão dos bens¹⁷².

Os princípios funcionam como um décimo segundo camelo. São construções paradoxais que viabilizam as decisões mesmo quando as normas parecem apontar em sentido contrário. Eles transformam o indecidível em decidível, possibilitando que o paradoxo seja utilizado de uma forma criativa na construção e fundamentação das decisões jurídicas. De acordo com Neil MacCormick:

Um juiz, ao formular um princípio geral como expressão do objetivo comum subjacente a um conjunto de normas específicas, de imediato racionaliza a lei vigente de modo que a revele à luz de um novo entendimento e fornece um fundamento suficiente para justificar um novo desdobramento no campo pertinente. Com isso, ele não demonstra que a proposição deva ser como ele se propõe a proferi-la no caso em foco; somente que ela pode ser proferida com legitimidade. Não se trata simplesmente de ele descobrir e enunciar o fundamento lógico das normas. Em grau maior ou menor, ele as torna racionais ao enunciar um princípio capaz de abrangê-las; e usa isso como um ponto de partida necessário para uma decisão inédita, que agora pode ser apresentada como uma decisão já “coberta” pela lei “existente”¹⁷³.

Com o auxílio de um princípio, o juiz “racionaliza”, portanto, a lei vigente, o que lhe permite adotar uma decisão “inédita” até então não formulada, mas que já estava “implícita” no conjunto de normas existentes. Dessa forma, o juiz não cria simplesmente o direito que ele mesmo aplica, mas o descobre a partir de uma interpretação principiológica do ordenamento. Assim, o próprio dilema (ou paradoxo)

¹⁷² Magalhães (2002, p. 152-153). A história é narrada e analisada por Luhmann no artigo “A restituição do décimo segundo camelo”. Cf. Luhmann (2004).

¹⁷³ MacCormick (2006, p. 161-162).

da descoberta ou invenção do direito perde o sentido (é ocultado), pois, como afirma, paradoxalmente, Dworkin, “só entendemos o raciocínio jurídico tendo em vista que os juízes fazem as duas coisas e nenhuma delas”¹⁷⁴.

Mais do que um simples ocultamento do paradoxo, os princípios contribuem para uma descrição do sistema jurídico que privilegia a sua unidade e autonomia em detrimento de uma suposta subordinação ao sistema político ou de uma dependência direta e inevitável da moral. A tese da discricionariedade dos juízes – ainda em Hart, mas sobretudo em Kelsen – é problemática exatamente por confundir, de certo modo, os limites entre direito e política, assim como por pressupor, em alguns casos (os casos difíceis), uma identidade entre direito (ou, aos menos, aquilo que é decidido como direito) e moral. Quando a moldura da norma aponta para diversas possibilidades de significação, ou seja, quando o direito vigente não contém uma regra clara aplicável ao caso, cabe à vontade da autoridade ou às crenças e valores do juiz o papel de determinar o resultado da decisão, pois o direito, em si, não pode ditar qualquer padrão capaz de limitar a discricionariedade do julgador.

No direito administrativo, o termo discricionariedade indica a margem de liberdade de que dispõe o administrador para escolher, tendo em vista motivos de “conveniência” e “oportunidade”, uma entre várias decisões possíveis que atendam igualmente à “finalidade da lei” e ao “interesse público”¹⁷⁵. A discricionariedade decorre da constatação de que não é possível (ou viável) vincular completamente o

¹⁷⁴ Dworkin (2003, p. 271). De acordo com Juliana Neuenschwander Magalhães: “Uma vez que são construídos, pode-se supor que os princípios estão sempre presentes no sistema. Na realidade, contudo, não estão presentes no sistema. Na atividade decisória, o juiz deve considerá-los como internos ao sistema, porque só assim pode aplicá-los: ele não poderia produzir decisões em conformidade com o sistema se os princípios não fossem princípios do sistema. O juiz utiliza pontos de referência que ele constrói quando decide, mas toma-os como presentes no direito. Em tudo isso, o juiz não vê nenhuma contradição, pois não existem alternativas para a sua atividade decisória” (Magalhães, 1997, p. 256).

¹⁷⁵ Mello (2002, p. 821).

administrador, pois suas decisões, por mais que estejam programadas juridicamente, não deixam de ser, em geral, decisões políticas:

(...) é certo que a administração pública é programada de forma jurídica mas, por se tratarem de decisões políticas, as decisões administrativas não podem ser totalmente previstas ou controladas juridicamente: o direito chama de “discricionariedade” o fato de que uma decisão política, ainda que condicionada juridicamente, permanece sendo uma decisão política¹⁷⁶.

Esse sentido de discricionariedade serve para contrastar o significado de poder discricionário para o direito e para a política. Se, para a política, a atuação discricionária pressupõe, não obstante os limites constitucionais e legais, uma certa liberdade de ação que seja “conveniente” e “oportuna”, para o direito, pode indicar apenas a inevitável e tautológica liberdade do juiz na interpretação das normas, imposta pela obrigação de decidir – discricionariedade em sentido fraco, conforme proposto por Dworkin. Uma liberdade paradoxal, pois pressupõe uma vinculação à lei – vinculação que constitui, ela mesma, objeto de interpretação.

A descrição do direito como um conjunto de regras e princípios pressupõe que os juízes não dispõem do mesmo tipo de discricionariedade que um legislador ou administrador, isto é, a liberdade de escolher entre várias decisões possíveis. Com base nos princípios, sempre é possível encontrar (ou construir) uma e apenas uma resposta

¹⁷⁶ Magalhães (2001, p. 4). Para caracterizar uma decisão como política ou jurídica importa não tanto o órgão que a produziu (parlamentar, administrativo ou judicial) quanto os critérios utilizados na sua formulação, que direcionam um determinado tipo de comunicação. Decisões jurídicas caracterizam-se pela sua programação do tipo condicional. Dadas certas circunstâncias, deve-se adotar uma decisão que, aplicando seletivamente o código binário do sistema jurídico, aponte quem tem e quem não tem direito. Já as decisões políticas são adotadas de acordo com programas teleológicos, que permitem a consideração dos diversos aspectos envolvidos no contexto decisório com vistas à produção de determinadas consequências apontadas como desejáveis. Logo, quando os órgãos da administração pública funcionam como uma espécie de “tribunal administrativo”, o caráter de suas decisões, assim como a comunicação que se desenvolve em torno da sua formulação e implementação, pode ser, dependendo da hipótese e dos procedimentos utilizados, muito mais jurídico do que simplesmente político.

correta para todos os casos, ainda que, em sentido ideal (ou paradoxal), essa única resposta correta só possa ser dada por um “juiz Hércules”¹⁷⁷.

Ao se admitir a existência de princípios, não é necessário (ao menos a “princípio”) recorrer a valores externos supostamente extra-jurídicos quando se está diante de um caso difícil. O paradoxo não precisa ser externalizado por meio de referências à política ou à moral. Ele pode, ao contrário, ser ocultado com o auxílio de mecanismos internos ao sistema. Afinal de contas, é sempre possível “efetuar a divisão” quando se utiliza um “décimo segundo camelo”¹⁷⁸.

Se os princípios não são apenas gerais, supletivos, de função emergencial no preenchimento de eventuais lacunas, mas sim constitutivos do próprio sistema, de eficácia direta e ilimitada, princípios constitucionais, os paradoxos também podem ser utilizados na construção de decisões capazes de abrir democraticamente o sistema para o futuro, conforme será visto a seguir.

1.3. Forma constitucional, princípios constitucionais e abertura para o futuro

A distinção princípios/regras representa uma estratégia de desparadoxização construída pela teoria do direito em resposta às dificuldades enfrentadas pela prática

¹⁷⁷ Sobre a tese da única resposta correta e a respectiva metáfora do juiz Hércules, cf. Dworkin (2002, p. 127-203) e Dworkin (2003, p. 271-331).

¹⁷⁸ “(...) uma teoria não dogmática do direito retira dos “princípios” a veste dos valores exteriores ao código do direito, como os da moral ou os da política, assumindo-os como construções paradoxais com um elevado potencial de operatividade. Retornando à metáfora do 18^a [ou 12^a] camelo, os princípios existem no sistema porque não existem no sistema: a prova disso é que o sistema pode usá-los em suas decisões, “construindo” uma nova realidade. Cada decisão é pressuposto de uma decisão posterior, tornando possível que, a partir dela, novas e criativas diferenças possam ser introduzidas. Porém, o sistema deve realizar tudo isso a partir de um único imperativo – o de sua coerência interna” (Magalhães, 1997, p. 277).

jurídica no século XX. Em substituição à idealização hierárquica de um legislador onipotente e racional e à tese do poder discricionário dos juízes, os princípios são introduzidos como um mecanismo auto-simplificador que, ao esconder do sistema a sua realidade paradoxal, possibilita a continuidade das suas operações.

A figura dos princípios, sob a denominação de princípios gerais do direito, já constituía, no entanto, um objeto de reflexão do pensamento jurídico ocidental muito antes da distinção princípios/regras ser introduzida por autores como Dworkin e Alexy¹⁷⁹. Inicialmente, eles eram concebidos como entidades metafísicas abstratas derivadas do direito natural¹⁸⁰. No século XIX, todavia, com as primeiras codificações, é que eles são transformados em direito positivo, sendo introduzidos nos códigos como fonte normativa subsidiária, a ser utilizada, ao lado da analogia e da equidade, para superar as eventuais lacunas da lei¹⁸¹.

De acordo com as concepções positivistas tradicionais, os princípios gerais cumprem uma função supletiva, preenchendo o vazio normativo que surge quando a letra da lei é omissa¹⁸². Não obstante essa eficácia normativa supletiva, a teoria jurídica hesita, em um primeiro momento, em conferir aos princípios uma aplicabilidade direta e

¹⁷⁹ Segundo Paulo Bonavides: “A juridicidade dos princípios passa por três distintas fases: a jusnaturalista, a positivista e a pós-positivista” (Bonavides, 2002, p. 232). Para alguns apontamentos acerca da história semântica dos princípios gerais do direito, desde o direito romano até as teorias jurídicas contemporâneas, passando pelos jusnaturalismos teológico e racional da idade média e pré-moderna, cf. Magalhães (1997, p. 256-269).

¹⁸⁰ Bonavides (2002, p. 232-235).

¹⁸¹ Bonavides (2002, p. 235-237) e Magalhães (1997, p. 264). No contexto brasileiro, essa função supletiva dos princípios gerais do direito é refletida por dispositivos da Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-Lei nº 4.657/1942) e do Código de Processo Civil (Lei nº 5.869/1973). De acordo com o art. 4º da LICC: “Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”. De acordo com o art. 126 do CPC: “Art. 126. O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito”.

¹⁸² Bonavides (2002, p. 235).

imediate, acentuando, de forma ambígua e paradoxal, a sua aparente carência de normatividade¹⁸³.

Contudo, o dilema (ou paradoxo) da normatividade dos princípios adquire novos contornos com a sua constitucionalização, ou seja, quando eles deixam de ser entendidos apenas como princípios gerais e passam a ser descritos como princípios constitucionais¹⁸⁴. Esse dilema pode ser associado à questão acerca da própria efetividade da constituição, especialmente dos direitos fundamentais¹⁸⁵. Se, como afirma Dworkin, “argumentos de princípio justificam uma decisão política, mostrando que a decisão respeita ou garante um direito de um indivíduo ou de um grupo”¹⁸⁶, isto é, se princípios traduzem direitos, pois os direitos, se “levados a sério”, exigem uma argumentação baseada em princípios¹⁸⁷, os princípios constitucionais podem ser interpretados, em geral, como o reflexo, na prática jurídica, da garantia constitucional dos direitos fundamentais¹⁸⁸.

¹⁸³ Bonavides (2002, p. 236) e Magalhães (1997, p. 265). De acordo com Menelick de Carvalho Netto, as teorias positivistas pressupunham “sempre a redução da estrutura da norma jurídica à estrutura das regras, ou seja, das normas que, estruturalmente, buscam regular suas próprias condições de aplicação. Por isso mesmo, a própria natureza jurídica dos princípios gerais do direito era sempre objeto de discussão. Nesse contexto, é claro que os princípios só poderiam ser considerados relevantes como meios de integração das possíveis lacunas legislativas” (Carvalho Netto, 1998, p. 247).

¹⁸⁴ De acordo com Paulo Bonavides: “(...) os princípios constitucionais outra coisa não representam senão os princípios gerais do direito, ao darem estes o passo decisivo de sua peregrinação normativa, que, inaugurada nos Códigos, acaba nas Constituições” (Bonavides, 2002, p. 262).

¹⁸⁵ De acordo com Habermas: “A obrigação do juiz, de decidir o caso singular à luz de uma teoria que justifique o direito vigente como um todo a partir de princípios, é reflexo de uma obrigação *precedente* dos cidadãos, confirmada através do ato de fundação da constituição, de proteger a integridade da sua convivência, orientando-se por princípios da justiça e respeitando-se reciprocamente como membros de uma associação de livres e iguais” (Habermas, 1997, p. 268). Habermas se refere aqui à teoria do direito como integridade de Dworkin, em que é destacada a importância dos princípios para a organização política e a prática jurídica de uma comunidade. Cf. Dworkin (2003, p. 213-331).

¹⁸⁶ Dworkin (2002, p. 129).

¹⁸⁷ Sobre a relação entre a “tese dos direitos” e os “argumentos de princípio”, cf. Dworkin (2005).

¹⁸⁸ Sobre a interpretação dos direitos fundamentais como princípios constitucionais, cf. Carvalho Netto (2003) e Mendes (2004). O problema da normatividade dos princípios encontra, inclusive, um paralelo nas discussões que envolvem a eficácia normativa dos direitos fundamentais, principalmente com o surgimento do Estado Social e o caráter supostamente programático das normas constitucionais que institucionalizaram a garantia dos direitos sociais. Sobre o problema da eficácia jurídica das normas constitucionais consideradas programáticas no constitucionalismo do Estado Social, cf. Bonavides (2002, p. 200-227).

O constitucionalismo das últimas décadas do século XX, influenciado pelas teorias pós-positivistas de autores como Dworkin e Alexy, foi responsável por uma nova caracterização dos princípios, em que eles passam a ser concebidos como espécie, ao lado das regras, do gênero norma¹⁸⁹. A distinção entre princípios e regras pressupõe que os princípios não são apenas princípios gerais de eficácia supletiva, conforme as descrições do positivismo jurídico tradicional, mas sim princípios constitucionais. Normas de eficácia direta e ilimitada que não se restringem à função eventual de preencher as lacunas da lei, constituindo, ao contrário, o pano de fundo básico mediante o qual a própria lei deve ser interpretada.

No contexto brasileiro, a Constituição Federal de 1988 cumpriu um papel extremamente relevante na formação de uma cultura jurídica constitucional que compreende os direitos fundamentais e, conseqüentemente, os princípios constitucionais como normas diretamente aplicáveis a todas as situações concretas, e não apenas como comandos programáticos que traduzem meras diretrizes para o legislador¹⁹⁰. O ambiente democrático que influenciou os debates da assembléia constituinte, reflexo de um período no qual o país passava por um processo de superação e transição do antigo

¹⁸⁹ Nas palavras de Paulo Bonavides: “As Constituições fazem no século XX o que os Códigos fizeram no século XIX: uma espécie de positivação do direito natural, não pela via racionalizadora da lei, enquanto expressão da vontade geral, mas por meio dos princípios gerais, incorporados na ordem jurídica constitucional, onde lograram valoração normativa suprema (...). Os princípios baixaram primeiro das alturas montanhosas e metafísicas de suas primeiras formulações filosóficas para a planície normativa do Direito Civil. Transitando daí para as Constituições, noutra passo largo, subiram ao degrau mais alto da hierarquia normativa” (Bonavides, 2002, p. 264). Ainda de acordo com Bonavides: “Em resumo, a teoria dos princípios chega a presente fase do pós-positivismo com os seguintes resultados já consolidados: a passagem dos princípios da especulação metafísica e abstrata para o campo concreto e positivo do direito, com baixíssimo teor de densidade normativa; a transição crucial da ordem jusprivatista (sua antiga inserção nos códigos) para a ordem juspublicista (seu ingresso nas Constituições); a suspensão da distinção clássica entre princípios e normas; o deslocamento dos princípios da esfera da jusfilosofia para o domínio da Ciência Jurídica; a proclamação de sua normatividade; a perda de seu caráter de normas programáticas; o reconhecimento definitivo de sua positividade e concretude por obra sobretudo das Constituições; a distinção entre regras e princípios, como espécies diversificadas do gênero norma, e, finalmente, por expressão máxima de todo esse desdobramento doutrinário, o mais significativo de seus efeitos: a total hegemonia e preeminência dos princípios” (Bonavides, 2002, p. 265).

¹⁹⁰ Sobre o papel dos princípios na configuração de uma “nova interpretação constitucional” após a promulgação da Constituição Federal de 1988, cf. Barcellos e Barroso (2005).

regime autoritário, com mais de vinte anos de ditadura militar, certamente contribuiu para que fosse dedicada uma maior preocupação à necessidade de garantir a efetividade das normas constitucionais.

O famoso art. 5º da Constituição, com o seu extenso rol de direitos e garantias fundamentais, reflete, de certo modo, essa preocupação. O seu § 1º, por exemplo, contém previsão expressa acerca da eficácia normativa dos princípios, determinando que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”¹⁹¹. Além disso, o seu § 2º admite a existência de outros princípios que não unicamente aqueles expressamente declarados – isto é, princípios implícitos – ao prever que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Essa caracterização dos princípios como normas constitucionais de aplicabilidade geral e imediata contribuiu para a afirmação da própria forma constitucional. Ou seja, para que a constituição não seja considerada apenas um mero texto, mas sim uma norma capaz de gerar comunicação voltada para o direito. A importância que vem sendo dada aos princípios em matéria de controle de constitucionalidade das leis no Brasil demonstra, em certa medida, que uma compreensão principiológica da constituição aumenta a possibilidade, assim como também a probabilidade, de que a distinção constitucional/infracostitucional seja operacionalizada na prática jurídica de uma maneira criativa¹⁹². Com o auxílio dos princípios, o juiz pode decidir para além das regras estabelecidas pelo legislador. Pode,

¹⁹¹ Não obstante essa previsão constitucional de aplicabilidade imediata, existem formas “criativas” de se limitar a efetividade dos princípios por meio de construções dogmáticas que introduzem distinções limitadoras da eficácia de algumas normas constitucionais. Sobre essas distinções criativas (ou “destrutivas”), cf. Silva (2003).

¹⁹² Sobre a relação entre direitos fundamentais, entendidos como princípios constitucionais, e controle de constitucionalidade, cf. Mendes (2004).

inclusive, deixar de aplicar as leis se contrárias à constituição com base em normas bastante elásticas e abstratas como os princípios constitucionais.

Conforme já observado, uma das funções da forma constitucional, que deve agora receber uma maior atenção, consiste em reestruturar a dimensão temporal do sistema jurídico, contribuindo para que a própria sociedade possa se expor a um futuro em aberto. Enquanto as antigas doutrinas do direito natural cumpriam a função de limitar a contingência do direito positivo ao pressupor uma subordinação necessária das normas jurídicas a um ideal externo de justiça, com a positivação, todo o direito vigente passa a ser percebido como o resultado de uma decisão, que não precisa, portanto, remeter necessariamente às determinações de um passado vinculante. A forma constitucional desempenha aqui um papel fundamental: o de viabilizar uma espécie de controle precário de toda a contingência do direito positivo.

Na verdade, não se trata de um controle propriamente dito. Por um lado, a constituição fornece ao direito o artifício de um passado vinculante auto-produzido. Por meio da distinção entre normas constitucionais e infraconstitucionais, operacionalizada mediante as diversas técnicas de controle de constitucionalidade, ela insere uma assimetria que permite a re-elaboração da contingência de uma forma suportável. O direito infraconstitucional pode ser livremente modificado, desde que o novo direito também esteja em conformidade com o texto constitucional. O passado auto-produzido é, no caso, a própria constituição. Por outro lado, ela permite que a mudança seja canalizada para fatores externos de natureza política, mediante a abertura do direito à

influência da legislação produzida pelo parlamento, cumprindo, assim, a sua função de acoplamento estrutural¹⁹³.

Todavia, também a constituição pode ser modificada, porém por um procedimento geralmente muito mais rígido e intrincado. Mesmo as tentativas de colocar barreiras às alterações formais do texto se mostram infrutíferas diante da inevitável evolução do conteúdo das normas levada a cabo pela interpretação, o que é classificado pela doutrina como mutação constitucional¹⁹⁴.

Como, então, a constituição pode funcionar como um passado vinculante se também ela pode ser modificada no futuro? Apenas porque a sua função não é a de vincular o futuro, ao menos não no mesmo sentido em que as antigas doutrinas do direito natural, mas sim a de deixá-lo em aberto, fornecendo uma forma – isto é, a própria distinção entre direito constitucional e infraconstitucional – mediante a qual o paradoxo de um passado que vincula porque não vincula um futuro que apenas se deixa vincular porque o vínculo, em último caso, significa abertura e, portanto, liberdade, pode ser ocultado¹⁹⁵.

¹⁹³ “A abertura para o futuro significa (...) que o direito prevê a sua própria modificabilidade limitando-a juridicamente sobretudo mediante disposições procedimentais mas também mediante a abertura da legislação à influência política. Todo o direito é submetido ao controle de constitucionalidade e o velho direito torna-se facilmente obsoleto em face do novo direito positivado de acordo com a Constituição” (Luhmann, 1996b, p. 15).

¹⁹⁴ Sobre a relação entre o fenômeno da mutação constitucional e a abertura para o futuro que caracteriza o direito positivo da sociedade moderna, cf. Araújo Pinto (2002, p. 271-296).

¹⁹⁵ “(...) a invenção da Constituição forneceu ao Direito um instrumento extremamente refinado para a relegitimação daquilo que já existia como aparato normativo, capaz de reorientar a dinâmica do sistema do Direito em relação ao futuro, e não mais em relação ao passado. Isto se torna possível com a inversão da regra segundo a qual a lei nova vem derogar a lei velha: para a Constituição vale o contrário. Naquela época, assim como hoje, deste contraste gerou-se uma indeterminação que não encontra apoio senão nela mesma, que não se legitima, senão, que pelo respeito pela Constituição e que vincula enquanto direito positivo: isto é, pode vincular apenas de forma contingente. A complexidade dessa construção é muito refinada: no *presente* decide-se sobre uma constituição que deverá valer no *futuro* como um *passado* vinculante, mas apenas até que em um *presente futuro* não se decida por modificá-la” (Corsi, 2001, p. 182).

Um breve exame acerca do conteúdo geralmente inserido nas constituições ajuda a compreender melhor essa abertura para o futuro. Os textos constitucionais, em geral, prevêm, de um lado, normas que disciplinam os aspectos organizacionais e procedimentais ligados à produção do direito (separação dos poderes, forma de Estado, processo legislativo, organização judiciária) e, de outro, direitos e garantias fundamentais.

As normas constitucionais que estabelecem processos, definem competências e diferenciam as funções de órgãos e entidades específicos possibilitam que a programação condicional das decisões jurídicas possa ser implementada, na prática, por intermédio de organizações formais. Os programas condicionais, embora forneçam premissas para a decisão, não garantem, por si só, como a decisão será formulada e implementada. Para tanto, são necessárias organizações – no caso, fóruns e tribunais – que viabilizem a planificação da decisão, isto é, a definição de procedimentos, o cumprimento de prazos e a realização de debates e discussões que exigem, em muitos casos, interações face a face¹⁹⁶.

Essas organizações são importantes não apenas sob o aspecto procedimental, mas também porque é por meio delas que os princípios definidos na constituição podem ser traduzidos em programas decisórios¹⁹⁷. Os direitos fundamentais garantidos no texto constitucional certamente não teriam tanta utilidade se não pudessem ser utilizados, na prática, como critérios para a tomada de decisões.

¹⁹⁶ “A programação condicional limita-se a estabelecer critérios para a sua própria ativação, sem necessidade de prever circunstâncias específicas: a forma “se/então”, característica dos programas condicionais, permite que decisões sejam obtidas através do estabelecimento de qual passado deve valer no momento da decisão. Mas, para que se chegue à decisão, não é suficiente conhecer suas condições normativas: é preciso também uma planificação dos procedimentos necessários, é preciso que se construam episódios e períodos, é preciso localizar responsabilidades e competências, fixar prazos e reuniões – em suma: é necessário poder confiar a decisão às organizações formais” (Corsi, 2001, p. 176).

¹⁹⁷ Corsi (2001, p. 177).

Esses direitos podem ser observados, sobretudo, como artifícios que servem para garantir a diferenciação funcional da sociedade moderna e a sua conseqüente maior abertura para o futuro, o que não se deve, necessariamente, a sua real efetividade, ao menos não no sentido como usualmente entendida. Mesmo uma análise superficial da sua implementação concreta demonstra que provavelmente eles não existem para serem incondicionalmente respeitados na prática. A realidade, certamente, aponta em sentido contrário. Princípios como igualdade e liberdade podem parecer utópicos quando contrastados com o funcionamento de uma sociedade em certos (ou muitos) aspectos tão desigual e pouco livre. Pode ser proveitoso, contudo, inverter os termos da constatação, questionando, assim, os motivos que levam uma sociedade tão heterogênea e dual a proclamar direitos que afirmam que todos os indivíduos são livres e iguais¹⁹⁸.

Nesse sentido, os direitos fundamentais são melhor compreendidos não como valores éticos ou jurídicos que representam as conquistas gloriosas de uma civilização emancipada, mas sim como instituições sociais concebidas para preservar a estrutura funcionalmente diferenciada da sociedade moderna, garantindo a inclusão generalizada de todos os indivíduos nos diversos sistemas parciais da comunicação¹⁹⁹.

A diferenciação por estratos típica da pré-modernidade possibilitava a fixação da posição social dos indivíduos por meio de uma hierarquização de funções e papéis rigidamente estabelecida²⁰⁰. Com o crescente predomínio da diferenciação

¹⁹⁸ “É possível, então, subverter a plausibilidade das questões tipicamente sociológicas, perguntando-se o que é mais surpreendente: o fato de que os princípios fundamentais da modernidade sejam completamente desrespeitados na realidade social efetiva ou, ainda, o fato de a sociedade atual se identifique, radicalmente, mediante indeterminações semânticas tais como os valores ao ponto de inseri-los nas Constituições. Para oferecer um exemplo mais específico: o que é mais estranho, que o ideal da igualdade não encontre correspondência na realidade ou que uma sociedade incrivelmente heterogênea identifique-se com tal princípio?” (Corsi, 2001, p. 170-171).

¹⁹⁹ Cf. Verschraegen (2002).

²⁰⁰ “(...) sociedades pré-modernas não precisavam de direitos humanos justamente porque o indivíduo já estava completamente definido pela sua posição social, estando protegido por toda uma rede de vínculos sociais. Na sociedade moderna, contudo, a situação do indivíduo é muito mais problemática: a

funcional como forma de organização da sociedade e de seus subsistemas, a personalidade individual deixa de ser determinada através de posições sociais fixas. Os direitos fundamentais são, então, “inventados” como uma forma capaz de proteger os indivíduos ao garantir a sua participação nos diversos âmbitos de comunicação diferenciados funcionalmente, que são, assim, estabilizados frente a tendências desdiferenciantes²⁰¹.

A previsão constitucional do direito à igualdade, por exemplo, não garante que todos os indivíduos desfrutarão efetivamente das mesmas possibilidades e serão submetidos a um tratamento igualitário. Todavia, ela impede, teoricamente, que as discriminações sejam afirmadas com base em hierarquias e posições fixas pré-determinadas e concebidas como naturais²⁰².

Os direitos fundamentais, na verdade, garantem uma certa homogeneização do passado, na medida em que a seletividade dos sistemas sociais não pode mais estar ligada a diferenças naturais que remontam à estrutura de uma sociedade diferenciada por estratos. O passado perde, assim, a sua força vinculante. As diferenças agora devem ser justificadas com base em fatores artificiais estabelecidos por cada subsistema específico²⁰³.

Pode-se afirmar, então, que a universalização e a constitucionalização dos direitos fundamentais só foi possível mediante um processo correlato de esvaziamento

personalidade não mais coincide com papéis e tipificações fixas, mas deve ser construída por meio da participação parcial e diversificada em diferentes subsistemas” (Verschraegen, 2002, p. 269).

²⁰¹ Verschraegen (2002, p. 270).

²⁰² Verschraegen (2002, p. 278).

²⁰³ Em relação à constitucionalização dos direitos fundamentais, Giancarlo Corsi afirma que: “(...) pode-se certamente salientar a afirmação dos valores de uma modernidade iluminada e franqueada, bem como a dissolução das formas sociais pré-modernas. De modo mais radical, isto é, passando da idéia de progresso histórico para uma concepção histórico-evolutiva, este processo pode ser considerado como uma espécie de “homogeneização” do passado que obriga a sociedade e, portanto, também o direito, a se historicizar a si mesma. Por “homogeneização” não se deve entender esquecimento, mas sim perda do caráter vinculante tanto do passado como quanto das diferenças sociais (ainda existentes)” (Corsi, 2001, p. 181-182).

semântico. O princípio da igualdade é válido e pode ser operacionalizado por sistemas como o direito e a política justamente porque não define as suas condições de aplicação, isto é, porque não define quais diferenças devem ser justificadas com base na proteção da igualdade e quais devem ser descartadas por serem discriminatórias.

Os direitos fundamentais, em última análise, apenas projetam para o futuro o que antes já estava determinado pelo passado. Devido ao seu conteúdo altamente indeterminado, direitos como igualdade e liberdade estão sempre abertos a novas interpretações e concretizações, o que requer necessariamente a mediação de procedimentos conduzidos no interior de organizações. De acordo com Giancarlo Corsi:

(...) todo valor ou direito fundamental tem o sentido de abrir um espaço de contingência completamente indeterminado, no interior dos quais os aparatos organizacionais e os seus procedimentos internos podem especificar determinadas formas. Neste sentido, os direitos fundamentais são o substituo funcional das diferenças “naturais” típicas da sociedade pré-moderna: enquanto estas, dado que naturais, também eram auto-evidentes, aquelas, artificiais, requerem uma decisão construída através de procedimentos²⁰⁴.

A importância da constituição e dos direitos fundamentais para a modernidade consiste, portanto, nessa reestruturação da dimensão temporal da sociedade²⁰⁵. Nesse sentido, eles “não fundam o direito, mas o abrem em relação a um futuro que nenhuma “norma fundamental” pode antecipar”²⁰⁶.

Os princípios constitucionais representam a forma mediante a qual os direitos fundamentais são traduzidos pelos tribunais em programas decisórios. Como um reflexo da própria positivação, eles permitem que o direito possa construir

²⁰⁴ Corsi (2001, p. 179).

²⁰⁵ “A consequência destes desenvolvimentos não é encontrada tanto nas novas garantias (mesmo porque a realidade efetiva das relações sociais é clamorosamente inconstitucional!), quanto sobretudo no deslocamento da relevância dos horizontes temporais: mediante as constituições e o esvaziamento semântico dos seus valores, o direito moderno neutraliza o passado, expondo-se, desta forma, à dependência de um futuro que – exatamente enquanto tal – é imprevisível e ignorado” (Corsi, 2001, p. 182).

²⁰⁶ Corsi (2001, p. 184).

internamente as suas decisões sem a necessidade de apelar para valores externos. Quando as regras da legislação não são claras, os princípios da constituição podem sempre oferecer uma “resposta correta”.

A questão mesma acerca da clareza das regras perde o seu sentido original na medida em que os princípios constitucionais não são – ao contrário da concepção positivista tradicional sobre os princípios gerais do direito – meros instrumentos de integração de lacunas, mas sim normas que condensam expectativas generalizadas de uma aplicabilidade direta e imediata a todos os casos, sejam eles “fáceis” ou “difíceis”.

Princípios constitucionais não são normas comuns. São normas constitucionais. Assim como não são comandos fechados, regras do tipo tudo ou nada, mas normas de estrutura aberta e indeterminada. E que, não obstante essa abertura e indeterminação, devem poder ser traduzidos em programas para a decisão, sob pena de se transformarem em meras normas programáticas, isto é, normas que, paradoxalmente, não servem para construir decisões presentes, mas apenas para projetar decisões futuras – decisões de um futuro que, como tal, permanece sendo sempre e indefinidamente um eterno “futuro presente”, ao menos enquanto as normas não são efetivamente concretizadas em um eventual “presente futuro”²⁰⁷.

Os princípios constitucionais são figuras paradoxais. Eles remetem a uma dupla idéia de fundação. São, simultaneamente (ou tautologicamente), “princípios” que “constituem”. Princípios que constituem aquilo que não tem qualquer princípio ou constituição necessárias. Representam direitos que “fundamentam” o que não possui nenhum fundamento natural ou absoluto. São, portanto, construções artificiais que possibilitam a criação (ou invenção) de fundamentos onde não há fundamentos – pode-

²⁰⁷ Sobre a distinção entre “futuro presente” e “presente futuro”, cf. Luhmann (1982a, p. 271-288).

se dizer, a introdução de distinções que assimetizam o sistema, que interrompem a circularidade da sua auto-referência. O sistema pode, então, se auto-constituir ao se remeter a um “princípio” que o “constitui”, um “princípio constitucional”.

Com o auxílio dos princípios, o sistema jurídico, ao mesmo tempo em que se desparadoxiza, se abre para o futuro. Por não possuírem conteúdos fixos, os princípios constitucionais representam “a indeterminação daquilo que, no sistema do direito, é possível”, são “símbolos de futuras diferenças, são unidades que têm sentido apenas como diferenças ainda desconhecidas e sobre as quais dever-se-á (eventualmente) decidir”²⁰⁸, pois a indeterminação presente deve ser traduzida em determinação futura²⁰⁹. Determinação que não é nunca absoluta, universal, petrificada, pois constitui o resultado de uma decisão contingente. Uma decisão que pode sempre ser observada de outro modo, pode sempre ser descrita a partir de outras distinções.

Essa ausência de conteúdos naturais e necessários é exatamente o que confere aos princípios um alto potencial de operatividade, a possibilidade de serem utilizados nos mais diversos contextos, de abrirem espaços de contingência para a construção de decisões antes improváveis, contribuindo para a manutenção de uma elevada complexidade nas operações do sistema jurídico.

A complexidade que advém dessa abertura para o futuro também pode ser descrita a partir de um conceito: democracia. Democracia, nas palavras de Raffaele De Giorgi, “é a contínua multiplicação de possibilidades decisórias, com base no

²⁰⁸ Corsi (2001, p. 183).

²⁰⁹ “(...) os princípios não têm um conteúdo semântico, no sentido de que podem determinar o direito sob o plano do conteúdo. O princípio da igualdade serve para admitir, em determinados casos, o retorno da desigualdade na igualdade. Por isto, nem mesmo a dogmática tem a pretensão de que os princípios não sejam contraditórios entre si. Eles são concebidos como estruturas elásticas o suficiente para compensar a rígida binariedade do código do legal e do ilegal” (Magalhães, 1997, p. 269).

pressuposto da diferenciação que caracteriza a sociedade moderna”²¹⁰. Ela traduz uma “capacidade estrutural de abrir o espaço do possível”²¹¹, de multiplicar os temas que podem ser tratados pela comunicação, de manter elevada a complexidade social, incrementando a diferenciação funcional da sociedade²¹².

Os princípios constitucionais democratizam o direito ao mantê-lo aberto para o futuro, ao fornecerem artificios auto-produzidos por meio dos quais o sistema pode construir internamente as suas próprias decisões em contextos mais complexos, sem a necessidade de recorrer a instâncias externas supra-positivas, a critérios supostamente absolutos, que, como tal, são inadequados e anacrônicos em relação à estrutura social funcionalmente diferenciada da sociedade moderna, à ausência de valores transcendentais e universais que caracteriza o seu funcionamento auto-referente.

Com o auxílio dos princípios, são ampliadas as possibilidades de se contestar a validade de cada decisão jurídica, de se controlar a constitucionalidade de cada decisão política, de se estruturar expectativas normativas contrafáticas, de se produzir comunicação voltada para o direito sobre os mais diversos temas e problemas concretos. Em suma, de se utilizar constantemente o paradoxo de uma maneira altamente criativa.

“Abertura para o futuro”, “excesso de possibilidades”, “manutenção elevada da complexidade” não são, todavia, sinônimos de arbitrariedade²¹³. Um observador pode, certamente, apontar a incongruência ou inconsistência de uma ou várias operações

²¹⁰ De Giorgi (1998, p. 42).

²¹¹ De Giorgi (1998, p. 57).

²¹² Sobre o conceito de democracia na teoria da sociedade moderna, cf. Luhmann (1994a). Sobre a relação entre direito e democracia, mais especificamente, entre positivação do direito e democratização da política, cf. De Giorgi (1998).

²¹³ “(...) o Direito não se auto-realiza no cumprimento de uma idéia, não se fixa com base na justiça. O que naturalmente não significa que o sistema opere de modo arbitrário. Significa apenas que o Direito é determinado por sua estrutura e não por referências externas” (De Giorgi, 1998, p. 27).

do sistema, demonstrando a sua falta de coerência com operações anteriores ou com as auto-descrições que o sistema fornece de si mesmo, o que não significa, necessariamente, que o sistema como um todo funcione arbitrariamente. A possibilidade mesma de se identificar a incongruência ou inconsistência de uma operação já indica a ausência de um total arbítrio, na medida em que pressupõe, ao menos de forma latente, um modo congruente ou consistente – ou seja, o outro lado da distinção – em que a operação poderia ter sido efetuada.

Para o próprio sistema, no entanto, o que acontece no seu interior pode ser observado como tudo menos arbitrário, pois a história e a estrutura internas funcionam sempre como um limite para as seleções daquilo que pode ser realizado²¹⁴. Não é possível, por exemplo, “modificar todo o direito de uma só vez”²¹⁵, embora o direito positivo da sociedade moderna seja, ele mesmo, algo inerentemente mutável.

Existem, portanto, limites para a operacionalização criativa dos princípios constitucionais. Não limites naturais ou transcendentais, mas sim limites artificiais, construídos pelo próprio sistema, derivados da própria diferenciação funcional e da necessidade de manutenção de uma coerência ou consistência interna na reprodução autopoietica das suas operações. Ao identificá-los (ou construí-los), um observador pode observar os riscos que acompanham determinadas construções jurídicas. Pode observar como uma leitura moral (ou moralista) da constituição contribui para a formulação de decisões autoritárias, que naturalizam o conteúdo concreto dos princípios em detrimento da sua artificialidade e da abertura para o futuro que são capazes de

²¹⁴ De acordo com Jean Clam: “O sistema se efetua recursivamente, no sentido de que ele pretende sua partida nas operações que terminam na inatualidade, e de que suas estruturas se fundam nas expectativas em curso. O terreno de fechamento do sistema é a condensação sucessiva de seus estados, originariamente fluidos. Todavia, recursividade não quer dizer rede arbitrária de conexões – momento em que há o encadeamento e continuidade com os estados que precedem. Ao contrário, toda conexão é seletiva, ou seja, ela leva em consideração operações que a precedem e aquelas que a seguem” (Clam, 2005, p. 107).

²¹⁵ Luhmann (1982a, p. 96) e Clam (2005, p. 122).

realizar. Pode ainda observar que uma utilização pragmática desses princípios, em que as decisões são construídas com base na possibilidade de produção de determinadas conseqüências no futuro, diminui o caráter contrafático do direito, afetando a sua capacidade de generalizar e estabilizar expectativas normativas.

No capítulo seguinte, esses riscos serão mais bem detalhados, assim como confrontados com decisões relativamente recentes do Supremo Tribunal Federal, organização formal que está localizada no vértice da hierarquia judiciária brasileira e que possui a competência específica para atuar como o “guardião da constituição”.

2. RISCOS E LIMITES DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BASEADA EM PRINCÍPIOS

Neste segundo capítulo, será analisada, inicialmente, a forma com qual o sistema jurídico lida com questões morais e com as conseqüências das suas decisões. Argumentos morais e conseqüencialistas certamente desempenham um papel relevante na argumentação jurídica em geral, ainda mais quando se trata de aplicar um princípio constitucional. Tendo em vista a estrutura funcionalmente diferenciada da sociedade moderna, contudo, o direito não pode ser confundido com a moral, assim como não é capaz de servir como um mecanismo de engenharia social. Decisões jurídicas permanecem sendo jurídicas mesmo quando fundamentadas a partir de fortes considerações morais. Elas também não perdem a sua validade se as conseqüências que foram previstas para justificar a sua adoção não se realizam no futuro. A própria diferenciação funcional impõe limites ao “moralismo” e ao “conseqüencialismo”, o que permite observar os riscos derivados de uma moralização excessiva da comunicação jurídica e de uma construção demasiado pragmática das decisões judiciais. Esses riscos parecerem ser incrementados quando, a partir de uma compreensão principiológica da constituição, os princípios são descritos como valores a serem ponderados, sopesados, balanceados. A concepção axiológica dos princípios tem tido bastante reflexo na jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal, especialmente na fundamentação de decisões que se valem da fórmula ambígua e paradoxal da proporcionalidade. O objetivo será, então, avaliar, com base na análise de três casos específicos julgados pelo STF, os riscos de autoritarismo e de pragmatismo na aplicação dos princípios constitucionais. Em especial, avaliar como uma utilização naturalizada do princípio da

proporcionalidade, além de contribuir para o incremento desses riscos, pode não se mostrar de muita utilidade na construção de decisões jurídicas consistentes.

2.1. Argumentos morais e argumentos consequencialistas

O direito positivo da sociedade moderna é um direito que se exprime basicamente na forma de textos. Mesmo o que antes era entendido como direito natural teve que ser positivado, traduzido por escrito, fixado em um texto constitucional. O direito, contudo, não se resume ao texto. Nas palavras de De Giorgi:

O direito falado é utilizado na situação imediata, no caso específico. Na palavra, início e fim coincidem. A palavra é dita e se consome, porque não tem duração. Ela é ligada ao evento. O texto é fixado, pois disponível para usos futuros. Como caso individual, como evento, a palavra falada não pode ser retirada. O texto, ao contrário, pode ser transformado, revisto, reformulado. O texto exprime o direito, mas não é o direito. Com o texto, se pratica e se reconhece a diferença entre sentido e texto²¹⁶.

Todo texto deve ser interpretado. A interpretação extrai um sentido do texto ao inseri-lo em um contexto. Essa interpretação deve ser comunicada. Para produzir efeitos, para transmitir o sentido do texto, ela deve poder ser traduzida em argumentos. Os argumentos impulsionam a comunicação ao comunicarem o sentido (ou um dos sentidos) do texto, ao produzirem a diferença entre o texto e o seu sentido quando inserido em um contexto²¹⁷.

²¹⁶ De Giorgi (2006, p. 176-177).

²¹⁷ A partir da diferença entre sentido e texto “surgem outras diferenças. A diferença entre texto e contexto, texto e interpretação, sentido e contexto, a intenção do sentido e o sentido expresso, o sentido do presente da produção do texto e os sentidos dos diferentes presentes da interpretação do texto. Em outras palavras, fixa-se a diferença entre identidade e diferença” (De Giorgi, 2006, p. 176).

A argumentação jurídica representa, assim, a comunicação que se constrói acerca da interpretação do sentido do texto²¹⁸. Como interpretação comunicada, ela é tradicionalmente descrita como o processo por meio do qual são apresentadas razões que sugerem qual é a melhor leitura de um texto. A partir da distinção razões/erros, busca-se, através da argumentação, oferecer razões que, identificando eventuais erros de interpretação, justifiquem uma decisão particular, apontando os seus possíveis fundamentos²¹⁹.

Todavia, mais do que uma simples busca por fundamentos, a argumentação cumpre a função de centralizar a comunicação jurídica em torno da necessidade de produzir decisões consistentes. De acordo com Luhmann:

(...) pode-se renunciar a ver o problema da argumentação jurídica somente como problema de reconhecimento e prevenção de erros – apesar de que essa possa ser a principal preocupação dos juristas. Do ponto de vista do observador de segunda ordem que pretende tematizar a forma de operar do sistema do direito (e não somente tematizar os argumentos, os objetivos, as condições de verdade), trata-se da produção de suficiente consistência a partir da grande quantidade de decisões entre si²²⁰.

Produzir decisões consistentes significa transformar variedade em redundância²²¹. Não obstante a diversidade dos casos concretos que exigem a adoção de uma decisão jurídica, a argumentação se desenvolve no sentido de apresentar uma

²¹⁸ “LUHMANN diz que o que vai diferenciar a noção de interpretação da de argumentação é que, no primeiro caso, tem-se em vista uma atividade mental de um leitor individual, ao passo que a argumentação jurídica é uma operação interna do sistema do Direito. Logo, a argumentação jurídica não é um acontecimento individual, mas sim comunicativo (...). Isso significa que não apenas os textos, mas também as interpretações que se faz destes textos contribuem para a formação de um contexto de argumentação no sistema jurídico” (Magalhães, 1998, p. 442).

²¹⁹ Sobre essa descrição tradicional da argumentação jurídica e o respectivo paradoxo das “boas razões” que fundam a si mesmas, cf. Luhmann (1993b, p. 144-145).

²²⁰ Luhmann (1993b, p. 254).

²²¹ De acordo com Luhmann: “redundância é a informação que já se possui para processar informações subsequentes; variedade é a informação que faz falta para isso” (Luhmann, 1993b, p. 256). Sobre a distinção redundância/variedade, cf. Baraldi, Corsi e Esposito (1996, p. 136-137).

solução que não seja apenas casuística, que possa ser conectada a outras operações do sistema, ao tratamento já conferido ou que possa ser dado no futuro a casos similares²²².

A consistência se traduz, portanto, na exigência de dar um mesmo tratamento a situações semelhantes. Trata-se de uma exigência que pode ser associada à idéia de justiça. Não uma justiça externa, natural, transcendente, mas sim uma justiça interna ao próprio sistema. Um reflexo, em certa medida, do postulado da igualdade em relação às múltiplas diferenças – isto é, de redundância a partir da variedade. De acordo com Luhmann:

(...) a prática jurídica orientada por textos (...) permite uma compreensão distinta do problema da justiça. A justiça pode ser agora associada de uma maneira distinta com a forma da igualdade: na forma de regras que decidem casos iguais de maneira igual (e, portanto, casos desiguais de maneira desigual). Em uma versão compacta: a justiça pode ser designada como consistência na tomada de decisões²²³.

Em relação ao sistema jurídico, a justiça não representa a fórmula da perfeição, mas sim da contingência²²⁴. Sua função é indicar que, para cada decisão possível, existem sempre alternativas diversas²²⁵, o que se dá através da operacionalização da forma igual/desigual. O manejo dessa forma permite, a um só

²²² “Os casos jurídicos que se apresentam exigindo decisão aparecem de forma concreta e, por isso, diversa. Cada caso provoca o sistema para que leve em consideração a diversidade. A argumentação recebe essa provocação e a transforma em redundância – seja ao fazer referência a programas aplicáveis de decisão ou seja na forma do seu complemento: regras que serão aprovadas, condensadas e confirmadas em relação a uma elevada quantidade de possibilidades de aplicação. A argumentação opera para a redundância, para a economia e para a surpresa da informação. Mas o faz em relação ao tipo especial de problemas que são apresentados pelos casos jurídicos na prática. Como resultado, isso desencadeia uma evolução em direção a formas que administram maior variedade com suficiente redundância” (Luhmann, 1993b, p. 267).

²²³ Luhmann (1993b, p. 162). De acordo com Neil MacCormick, apesar da diversidade entre as várias concepções concretas de justiça, há uma espécie de “coerção da justiça formal” que “consiste em tratarmos casos semelhantes de modo semelhante, e casos diferentes de modo diferente; e dar a cada um o que lhe é devido” (MacCormick, 2006, p. 93).

²²⁴ “Do ponto de vista interno ao sistema, a justiça não é um ideal, nem tampouco um valor, mas uma condição do sistema que descreve o nível de consistência do decidir; a justiça, como diz Luhmann, não é a fórmula da perfeição ou da necessidade, mas a fórmula da contingência” (De Giorgi, 1998, p. 28). Sobre a justiça como representação da unidade do sistema, uma espécie de “programa dos programas”, cf. Luhmann (1993b, p. 155-156).

²²⁵ Luhmann (1993b, p. 157-158).

tempo, condensar redundâncias e manter a variedade – ou seja, produzir consistência a partir da contingência.

Para evitar que o sistema se desintegre em uma quantidade indefinida de decisões isoladas e incongruentes, é preciso identificar, a partir da diferença entre os casos, semelhanças que sirvam para a prevenção de erros, isto é, para a prevenção de eventuais inconsistências que possam ser previamente reconhecidas – o que representa, de certo modo, uma reação à própria impossibilidade de uma absoluta consistência de todas as decisões²²⁶. A identificação (ou construção) de redundâncias deve, entretanto, ser complementada pelo reconhecimento e tratamento da variedade, tendo em vista manter o sistema sensível às variações do ambiente. Nas palavras de Luhmann:

Um sistema que se abandonasse a sua própria redundância renunciaria à possibilidade de reação frente às irritações e surpresas provenientes do ambiente. A variedade complementa o sistema e evita que ele se apegue a uma rede de vias habituais, isto é, de procedimentos de rotina. Mas a maioria (e a diversidade) das comunicações que dão lugar aos casos jurídicos (e seus problemas correlatos) não provêm do ambiente do sistema. Os casos jurídicos (e as comunicações respectivas) existem unicamente dentro do sistema e para o sistema. Assim como a redundância, a variedade é uma variável do sistema. A diferença entre variedade e redundância é uma forma com a qual o sistema opera como um sistema inserido em um ambiente²²⁷.

A justiça, entendida como fórmula de contingência, se permite, por um lado, identificar similaridades a partir de diferenças, aumentando, assim, a redundância no processamento de informações pelo sistema, torna possível também construir diferenças a partir de similaridades, o que significa aumentar a variedade. Como um reflexo permanente da contingência de todas as operações, ela pode apontar a novidade de um caso aparentemente trivial, abrindo espaço para novas alternativas de decisão em

²²⁶ De acordo com Luhmann: “os erros são indicadores operativos para a eventual injustiça do sistema. Ao mesmo tempo servem como forma de conhecimento que permite o distanciamento das decisões errôneas dos outros; portanto: reagir à impossibilidade da absoluta consistência de todas as decisões” (Luhmann, 1993b, p. 255).

²²⁷ Luhmann (1993b, p. 267).

relação às possibilidades já atualizadas e compensando, assim, uma certa “tendência ao conservadorismo” típica do sistema jurídico²²⁸.

Como instância de autocontrole da consistência das decisões, a argumentação jurídica funciona em um contexto de observação de segunda ordem. Trata-se sempre de oferecer argumentos que sejam capazes de interferir na observação de outros observadores²²⁹. Por meio da argumentação, introduzem-se distinções entre os casos e entre as possíveis normas aplicáveis a eles. As diferenças se tornam visíveis e são operacionalizadas na produção de mais comunicação, isto é, de outras observações de observações²³⁰. Na definição de Luhmann:

A argumentação jurídica é (...) a auto-observação do sistema do direito que, no seu contexto recursivo autopoietico, reage (ou antecipa) às diferenças de opinião – passadas ou futuras – em relação ao que deve ser atribuído ao código conforme ao direito/não conforme ao direito²³¹.

²²⁸ “(...) a distinção igual/desigual, isto é, a questão sobre a decisão justa em cada caso obtém uma função nova, contemporânea. A princípio, poder-se-ia pensar que um sistema que opera no nível da observação de segunda ordem tende a se tornar conservador; quer dizer: a decidir tal como decidiram os observadores observados. Isto porque em relação à natureza mesma do assunto não se espera nenhuma oposição. E se tudo é contingente, isto é, se tudo poderia ser de outra maneira, é igualmente possível seguir fazendo tudo conforme tem sido feito até o momento. Isso é válido, em maior grau, para o sistema jurídico, que diferenciou um mecanismo de transformação na forma de leis e contratos e que dispõe de uma organização judiciária hierárquica que sugere (ou até mesmo obriga) que as instâncias inferiores se orientem a partir das instâncias superiores da jurisdição. É essa tendência, especialmente desenvolvida no direito, de se orientar de acordo com as decisões precedentes que é corrigida mediante a fórmula de contingência. Exatamente porque as decisões devem ser vistas como contingentes, isto é, como decisões, há uma provocação contida na questão de se, em comparação com as decisões precedentes, há uma relação de igualdade ou de desigualdade – para a qual deve-se adotar uma decisão” (Luhmann, 1993b, p. 169). Sobre a justiça como um segundo critério de correção do sistema, ao lado dos mecanismos que modificam os fundamentos de validade das decisões jurídicas (legislação e contratos), cf. Luhmann (1993b, p. 170).

²²⁹ Luhmann (1993b, p. 287).

²³⁰ De acordo com Luhmann: “A argumentação jurídica alcança uma alta sensibilidade pelos problemas e pela distinguibilidade sem que se entenda a si mesma como “método” (já que isto criaria diferenças inúteis de opinião), senão como o tornar visível de modo operativo as diferenças” (Luhmann, 1993b, p. 246).

²³¹ Luhmann (1993b, p. 250-251). De acordo com Luhmann, os juristas tendem a sobrevalorizar, em alguns casos, a importância da argumentação jurídica: “o jurista tem que conviver com o fato de que a sua argumentação, por mais bem elaborada que esteja, nem sempre determina a última decisão. No hábito desenvolvido pela profissão, pode-se observar, às vezes, uma certa distância irônica em relação às idéias e aos meios da argumentação, junto com uma esmerada atenção naquilo que, em última instância, é o que verdadeiramente suporta a decisão: costumes do tribunal, tradição. As razões últimas são sempre as penúltimas” (Luhmann, 1993b, p. 290).

Os argumentos são produzidos a partir de uma auto-observação do sistema. Observando a si mesmo na forma de textos, o sistema produz comunicações acerca do modo como esses textos devem ser interpretados. Embora possam influir diretamente na definição de qual interpretação deve prevalecer na construção da decisão, os argumentos não são capazes, por si só, de transformar o direito vigente, movendo, assim, o símbolo da validade. E é justamente essa dependência da validade que permite que a argumentação se desenvolva a partir de comunicações especificamente jurídicas – ou seja, comunicações produzidas em torno da distinção direito/não direito –, sem a necessidade imediata de considerar outras questões – de natureza moral, política ou econômica, por exemplo²³².

Retomando um pouco do que já foi dito no primeiro capítulo, a distinção entre código e programas faz referência a dois momentos distintos da autopoiesis do sistema. Enquanto o código distingue o que pertence e o que não pertence ao direito, os programas diferenciam o que deve e o que não deve ter validade²³³. Um aspecto

²³² “Para compreender a argumentação, acima de tudo é preciso ter em vista o que não pode ser alcançado através dela, o que não se pode conseguir. O que não se pode alcançar é mover o símbolo da validade do direito. Nenhum argumento (...) é capaz de modificar o direito vigente; nenhum argumento é capaz de conferir validade a novos direitos e obrigações e, com isso, criar condições que, por sua vez, podem ser modificadas. Esse *não poder* serve de descarga para a argumentação: a dispensa com vistas a uma tarefa distinta. Essa dependência da validade é, ao mesmo tempo, condição para que a argumentação jurídica se restrinja ao direito filtrado pelo direito e que não resvale com os prejuízos morais ou outros prejuízos. É claro que o movimento da validade e o da argumentação jurídica não operam com independência mútua, pois, desse modo, não seria possível reconhecer que se trata de operações de um mesmo sistema. Essas duas operações se entrelaçam através de acoplamentos estruturais, isto é: textos. Na forma de textos, o sistema ganha a possibilidade de se coordenar mediante suas próprias estruturas, sem que com isso se veja na necessidade de fixar de antemão o número (e a designação) das operações que são necessárias para reutilizar determinadas estruturas, para citar determinados textos, para encontrar-lhes uma solução, para modificá-los. Somente assim pode-se fixar e suportar a exigência ideal de que para casos iguais, tratamentos iguais (justiça)” (Luhmann, 1993b, p. 241). Sobre a relação entre textos, interpretação, argumentação e as auto-observações do sistema, cf. Luhmann (1993b, p. 241-244).

²³³ “(...) os códigos e os programas (normas) não se apresentam como situações com uma qualidade própria, como se, tal como fazem as idéias, levassem uma existência própria acima da comunicação. Eles somente podem ser observados enquanto exista a comunicação. Os códigos tornam possível diferenciar o pertencente do não pertencente ao sistema; e os programas que adjudicam legalidade e ilegalidade são objeto de juízos acerca da validade/invalidade. Um observador pode designá-los e descrevê-los como estruturas. Mas, do ponto de vista empírico, eles estão dados unicamente com as operações do sistema: são momentos da autopoiesis do sistema, não entidades existentes por si só” (Luhmann, 1993b, p. 151).

importante da distinção é que ela permite observar como os “terceiros valores” inicialmente excluídos pela binariedade do código podem ser re-introduzidos no sistema através dos programas²³⁴. Não obstante a moral, a política e a economia, assim como os outros sistemas sociais, não possam definir o que é e o que não é direito, eles podem servir como uma hetero-referência para que o próprio sistema jurídico comunique o que está conforme ou contrário ao direito. Ou seja, a indiferença ou insensibilidade moral, política e econômica do código binário pode ser compensada pela relativa sensibilidade dos programas em relação a esses “terceiros valores”.

Essa sensibilidade encontra eco na argumentação jurídica. Os argumentos, embora não modifiquem diretamente a validade, oferecem motivos para a sua modificação²³⁵. As razões formuladas pela argumentação influem na definição dos critérios que orientam a decisão. Em outras palavras, elas sustentam a utilização dos programas que direcionam a aplicação seletiva dos valores do código.

A descrição dessa interdependência entre argumentação, código e programas torna possível analisar como o sistema pode se valer de argumentos morais e consequencialistas na fundamentação de suas decisões. A questão pode ser formulada da seguinte maneira: é possível ou mesmo viável manter a consistência das decisões a partir de uma argumentação voltada diretamente para considerações morais ou para as consequências sociais que podem ser produzidas por uma decisão específica? Quais são os riscos derivados da reprodução de uma comunicação jurídica excessivamente moralista ou pragmática?

A resposta a essas indagações passa necessariamente pela idéia já esboçada de que o sistema não opera de maneira arbitrária. A comunicação jurídica não é um

²³⁴ Luhmann (1993b, p. 129).

²³⁵ Luhmann (1993b, p. 261).

“vale tudo”. Ela se auto-reproduz a partir da realização de uma função específica. Toda comunicação representa uma operação inserida em um rede recursiva. Cada nova operação é o resultado de operações anteriores, assim como constitui um pressuposto para que outras operações possam ser efetuadas no futuro. O sistema não parte do nada. Ele possui uma história. De acordo com o próprio Luhmann:

(...) o sistema não pode prever posições que, aconteça o que aconteça, tenham razão ou às quais seja sempre concedida razão, sem consideração alguma das condições do sistema. (...) Pode haver direitos especiais condicionados, direitos de emergência condicionados, direitos de exceção condicionados. O que não pode haver é um direito incondicionado de auto-exceção. Em relação a um “direito” desse tipo não seria possível decidir se está localizado dentro ou fora do sistema. Em outras palavras: a autonomia não pode ser entendida como arbitrariedade, pois contém uma proibição de auto-exceção que impede a discricionariedade e força o sistema a submeter-se à lei da auto-especificação histórica²³⁶.

A diferenciação entre codificação e programação funciona como uma forma que permite ao sistema manter (ou construir) a sua identidade apesar das constantes variações impulsionadas pela necessidade de manutenção de um elevado nível de complexidade interna que seja adequado em relação à complexidade do ambiente. No caso, a identidade do sistema é garantida pela invariabilidade do código, e a variação estrutural, pela mutabilidade dos programas²³⁷.

A modificação dos programas não se dá, contudo, de um modo arbitrário. Não é possível, conforme já observado, modificar todo o direito de uma única vez. Toda mudança deve se adaptar ao estado atual do sistema, que é o resultado de uma rede recursiva de operações historicamente determinadas. Deve, portanto, estar conectada à continuidade da autopoiesis do sistema, à auto-reprodução de comunicações

²³⁶ Luhmann (1993b, p. 399).

²³⁷ “Mediante a diferenciação entre codificação e programação, é possível resolver, portanto, o problema da invariabilidade temporal e a capacidade de adequação do sistema. O sistema somente é invariável e sempre adaptado na forma estrutural do seu código. No nível dos seus programas, todavia, pode conceder a possibilidade de mudanças sem o receio de uma perda de identidade” (Luhmann, 1993b, p. 137-138).

desenvolvidas a partir da realização de uma função específica – no caso, a generalização e estabilização de expectativas normativas. De acordo com Luhmann:

Para fins de programação, o caráter unívoco do código, que somente se encontra em seu estado binário, tem que se abrir. Os valores do código têm que ser interpretados como possibilidades; ou, em outros termos: como um meio que pode aceitar formas diversas. É evidente que isso não pode suceder de maneira arbitrária. Dado que o meio somente se reproduz mediante suas formas, sempre se encontra composta uma situação original histórica. Qualquer determinação formal é, portanto, uma mudança jurídica, e qualquer mudança dos programas tem que observar as limitações dadas, a partir da conexão do sistema a uma história específica. Os programas devem ser adequados – se bem que adequados é um termo muito amplo aqui – para dar instruções à adjudicação dos valores direito/não direito. E supõe-se que, em relação ao direito, inclusive no nível dos programas, se trata sempre da função do direito, isto é, manter estáveis as expectativas normativas²³⁸.

Os programas do sistema jurídico são programas condicionais. Somente eles possibilitam a combinação entre fechamento e abertura, entre atitudes normativas e cognitivas, entre auto-referência e hetero-referência²³⁹. No nível de suas operações, o sistema pode se manter fechado ao processar expectativas contrafáticas que devem se manter imunes ao aprendizado. Isso requer, todavia, que as expectativas, quando frustradas, possam ser confirmadas por meio de decisões, que, por sua vez, são, paradoxalmente, o resultado de um aprendizado. A auto-referência relativa ao fechamento normativo do sistema é, então, complementada pela hetero-referência derivada de uma abertura cognitiva em relação ao ambiente²⁴⁰.

²³⁸ Luhmann (1993b, p. 138). Sobre a distinção forma/meio, cf. Baraldi, Corsi e Esposito (1996, p. 84-86).

²³⁹ Luhmann (1993b, p. 139).

²⁴⁰ “No âmbito de colocação de suas condições, o sistema elabora a sua forma de fechamento operativo mediante a coordenação das expectativas normativas (expectativas de expectativas) com as expectativas cognitivas. Em outras palavras, o sistema articula assim sua forma de fechamento que é concomitantemente uma forma de abertura em relação ao ambiente. (...) A normatividade do direito, neste sentido, vai consistir no fato de que o direito continuamente aprende a não aprender. O direito transforma a si mesmo, e cada transformação configura uma indisponibilidade a transformações posteriores. Mas, ao mesmo tempo, o direito só pode produzir direito transformando-se. O paradoxo próprio do sistema do direito pode, portanto, ser descrito também desta forma: o direito é uma estrutura

A programação condicional está relacionada à própria função contrafática do direito²⁴¹. Ela permite que expectativas normativas sejam transformadas em premissas decisórias, de modo que a adjudicação dos valores do código dependa basicamente daquilo que, no momento da decisão, seja considerado como passado²⁴². Essa referência ao passado construída juridicamente proporciona um alívio para que a sociedade como um todo possa se prevenir em relação a um futuro incerto²⁴³.

Além disso, a abstração dos programas condicionais e a sua relativa indiferença em relação aos efeitos concretos das decisões no futuro são condições para o próprio manejo da forma igual/desigual, que caracteriza a justiça interna do direito:

A abstração das condições de relevância jurídica é a condição para poder diferenciar entre o “igual” e o “desigual” e para atribuir-lhes conseqüências diversas. A programação condicional não é unicamente um apoio cognitivo com relação ao “igual” e ao “desigual”, é a condição para que a idéia de justiça possa ser vertida na forma da igualdade (= normatividade)²⁴⁴.

Há, portanto, um limite para a própria variabilidade estrutural do sistema. Mudanças são sempre possíveis – são, acima de tudo, constantes, inevitáveis e necessárias –, mas devem poder ser traduzidas em programas do tipo condicional, pois somente eles são capazes de garantir a conexão recursiva de comunicações jurídicas em torno da função normativo-contrafática do direito, assim como contribuir para a manutenção de consistência na tomada de decisões.

de decisões indisponíveis ao aprendizado; contudo, é um sistema de decisão, e decisão resulta do aprendizado” (Magalhães, 1997, p. 254).

²⁴¹ Luhmann (1993b, p. 142). De acordo com Luhmann: “Logicamente, não há apriorios, mas apenas um condicionamento circular e recíproco entre o código e os programas. Apenas os programas têm um status normativo e transferem uma qualidade normativa às expectativas concretas. Eles sustentam a função do sistema. A clausura do sistema é produzida pela realização da diferença estrutural entre o código e os programas, e é essa diferença mesma que confere às normas jurídicas um tempero distinto” (Luhmann, 1992, p. 1428-1429).

²⁴² Luhmann (1993b, p. 140).

²⁴³ Luhmann (1993b, p. 89-90).

²⁴⁴ Luhmann (1993b, p. 165).

É possível, no entanto, traduzir valores morais em programas decisórios ou utilizar as conseqüências futuras de uma decisão como uma condição para a sua adoção? Como levar em conta argumentos morais e conseqüencialistas e ainda manter a exigência de uma argumentação jurídica consistente?

Essas são questões especialmente relevantes no contexto da transição do Estado Liberal para o Estado Social e das tentativas nostálgicas de retorno ao direito natural que se seguiram logo após a Segunda Guerra Mundial²⁴⁵. Ambos os fatores contribuíram, principalmente na Alemanha, para o surgimento de uma concepção axiológica dos direitos fundamentais. De acordo com Luhmann:

(...) hoje se discute se o aparato do constitucionalismo clássico pode ser adaptado aos desenvolvimentos que conduzem ao Estado de Bem-Estar e como é que isso poderia ocorrer. (...) Cada vez se modificam em maior medida as concepções sobre o sentido e a função dos direitos fundamentais em direção a um programa geral de valores que devem ser entendidos como diretrizes políticas. Os problemas de decisão já não aparecem, portanto, quando, na política, os limites são ultrapassados, senão na solução dos conflitos de valor que se apresentam de maneira permanente e renovada²⁴⁶.

Tendências políticas intervencionistas são refletidas pela crescente inserção de elementos teleológicos na legislação que deve ser aplicada pelo judiciário, o que levanta, inevitavelmente, a indagação de se as decisões do sistema jurídico podem ser orientadas pelas suas conseqüências²⁴⁷. O próprio excesso e incongruência da legislação produzida pelo Estado de Bem-Estar já traz complicações em termos de consistência das

²⁴⁵ Sobre o retorno ao jusnaturalismo na Alemanha do pós-guerra, cf. Maus (2000). Sobre o anacronismo semântico e sócio-estrutural do direito natural e sua ineficácia como obstáculo ao totalitarismo, cf. Luhmann (1993b, p. 375-376).

²⁴⁶ Luhmann (1993b, p. 347). De acordo com Luhmann: “o Estado social pode renunciar mais facilmente às garantias jurídico-constitucionais do que a outros objetivos” (Luhmann, 1993b, p. 346-347).

²⁴⁷ Luhmann (1993b, p. 144). De acordo com Celso Campilongo: “o direito do Estado de Bem-Estar é, em larga escala, prospectivo, voltado para o futuro e sensível às conseqüências de sua aplicação” (Campilongo, 2002, p. 92).

decisões²⁴⁸ – complicações que se agravam quando as leis passam a exigir a realização de objetivos pelo juiz. Esses são problemas que, como já foi visto no primeiro capítulo, levam a teoria do direito a se deparar com a questão da discricionariedade judicial e o papel dos princípios na construção das decisões jurídicas²⁴⁹.

Em relação à argumentação jurídica, a função dos princípios consiste em expandir o campo argumentativo do direito, tornando o sistema aberto a uma maior quantidade de argumentos capazes de interferir diretamente nos processos decisórios. Se, por um lado, eles permitem, inevitavelmente, a produção de decisões contraditórias, por outro, também podem funcionar como fórmulas de redundância compatíveis com maiores níveis de variedade:

É também possível supor que, com os princípios (proporcionalidade, adequabilidade, ponderação de valores...), frequentemente, senão sempre, são fundamentadas decisões contrárias e contraditórias. Então, a declaração de princípios não significa outra coisa que deixar encoberto o fato de se distinguir dentro do sistema. (...) o princípio oculta, na sua formulação estática, a temporalidade das operações do sistema, a contínua repetição e mudança, a condensação e a confirmação, o *distinguishing* e o *overuling* da práxis cotidiana do sistema. E isso serve para simular unidade ali onde as regras serão modificadas com o passar do tempo: oferecer, pois, inconsistência para a consistência. Também quando se parte do teorema da clausura operativa do sistema do direito, pode-se levar em conta a utilização de princípios na práxis argumentativa. (...) os princípios poderiam ser considerados como fórmulas de redundância – fórmulas que parecem ser compatíveis com os requerimentos de variedade do sistema²⁵⁰.

²⁴⁸ “A reflexão em torno da justiça se torna manifesta na fase atual, na medida em que aumenta a legislação. A legislação, ao transformar o direito, está necessariamente em contradição com a exigência de tomada de decisões consistentes. Permite decidir casos iguais de forma desigual e casos desiguais de forma igual, segundo a decisão seja tomada antes ou depois da entrada em vigor da lei” (Luhmann, 1993b, p. 164).

²⁴⁹ Sobre a relação entre excesso de legislação, orientação por fins e discricionariedade judicial, cf. Luhmann (1982a, p. 112-117 e 130-137). Sobre o recurso cada vez maior aos princípios em decorrência da elevada complexidade do material legislativo, incapaz de garantir, por si só, a consistência das decisões, cf. Luhmann (1990a, p. 239).

²⁵⁰ Luhmann (1993b, p. 248). Sobre o papel dos princípios na condensação das razões da decisão e na imposição de exceções às regras já consagradas pela tradição diante de novos casos, cf. Luhmann (1993b, p. 263-264). Sobre a caracterização dos princípios jurídicos fundamentais como os “valores especificamente próprios” do sistema que asseguram a sua autopoiesis no plano da observação de segunda ordem, cf. Luhmann (1993b, p. 285).

Os princípios simulam a unidade de uma decisão que é sempre construída a partir de múltiplas distinções. O manejo das diferenças que constituem, paradoxalmente, a unidade do sistema é ocultado na forma de um princípio que serve de fundamento para a decisão. O paradoxo é, assim, utilizado de uma maneira criativa. A variedade de decisões possíveis é transformada na redundância de uma única decisão correta, cuja descoberta (ou invenção) pode ser fundamentada a partir de “argumentos de princípio”.

Os princípios constitucionais, conforme já observado, são construções paradoxais com um elevado potencial operativo, capazes de abrir democraticamente o sistema para o futuro. Para que sejam utilizados na prática jurídica, a sua eficácia normativa direta e imediata deve poder ser traduzida em programas do tipo condicional. Contudo, como essa programação condicional é operacionalizada quando os princípios são identificados com valores ou com fins?²⁵¹ Uma argumentação fundada diretamente em valores morais ou em finalidades pragmáticas é capaz de contribuir para a consistência na tomada de decisões? Quais os riscos envolvidos?

Essas questões devem ser esclarecidas a partir de uma análise do papel desempenhado por argumentos morais e consequencialistas, mais especificamente, pela análise da própria relação entre direito e moral e entre a prática jurídica e as consequências das suas decisões.

A moral representa uma forma de comunicação que se baseia na distinção entre o que é bom e o que é mau. Essa distinção, como não poderia deixar de ser, também está fundada em um ponto cego. Os moralistas, em geral, dão como

²⁵¹ Essa identificação é feita, por exemplo, em Barcellos e Barroso (2005). De acordo com os autores: “Quanto ao conteúdo, destacam-se os princípios como normas que identificam valores a serem preservados ou fins a serem alcançados. Trazem, em si, normalmente, um conteúdo axiológico ou uma decisão política. Isonomia, moralidade, eficiência, são *valores*. Justiça social, desenvolvimento nacional, redução das desigualdades regionais, são *fins* públicos” (Barcellos e Barroso, 2005, p. 282).

pressuposta a bondade da própria distinção, não sendo capazes, porém, de demonstrar se é bom ou mau distinguir os eventos a partir do esquema bom/mau.

Em uma sociedade diferenciada por estratos, essa bondade pode ser pressuposta de forma universal com base em um apoio na religião. Isso porque a ordem social hierárquica deve ser justificada através de uma moral única, fundada em dogmas religiosos capazes de garantir uma aceitação generalizada e absoluta²⁵².

No entanto, com a progressiva afirmação da diferenciação funcional e a respectiva secularização da semântica social, a sociedade é forçada a admitir a incongruência entre os códigos dos diversos sistemas sociais como uma espécie de renúncia a uma integração moral da comunicação²⁵³. A impossibilidade mesma de descrever a sociedade moderna a partir de uma única distinção impede que o código bom/mau opere de modo supra-ordenado em relação aos demais códigos binários²⁵⁴.

Essa perda de centralidade não foi compensada, contudo, pela formação de um centro funcional autônomo²⁵⁵. Como resultado, a moral teve que abandonar o seu

²⁵² “A posição ética mais difundida e aceita pressupõe que distinguir entre bem e mal é uma coisa boa e poucas vezes se dá conta da estrutura paradoxal de tal posição: se é bom distinguir entre bem e mal, então o mal é bom, pois sem a distinção ele não existiria. A situação era indubitavelmente diferente na sociedade medieval européia, que devia garantir uma justificação moral da ordem hierárquica sobre a qual estava fundada. A combinação entre moral e religião, típica da época, permitia, então, dispor de uma ordem social integrada com base em uma única moral, cujas alternativas podiam ser somente o caos e a barbárie” (Baraldi, Corsi e Esposito, 1996, p. 114).

²⁵³ Luhmann (1993a, p. 1005).

²⁵⁴ “A diferenciação funcional pressupõe que cada um desses códigos, independentemente dos outros, deve cumprir uma função específica de direcionamento de operações e também que é impossível integrá-los a partir de um supercódigo – como, por exemplo, o da moralidade. É, ao contrário, essencial para a separação dos códigos que cada um deles seja impedido de ver um dos lados como moralmente bom, e o outro lado, como moralmente mau – por exemplo, o poder burocrático como bom, e a sujeição a esse poder como mau, a titularidade da propriedade como bom, e a ausência da propriedade, como mau. Isso não é possível desde a internalização das condições de aprovação e desaprovação moral, e significa também que a moral pode funcionar apenas como um código entre outros” (Luhmann, 2002, p. 124).

²⁵⁵ De acordo com Luhmann, a tradição européia, desde o final do século XI, vai progressivamente acentuando a não identidade entre direito e moral. Como resultado dessa evolução, o código moral, ao contrário do código jurídico, não foi capaz de diferenciar um sistema funcional específico. Cf. Luhmann (1993a, p. 1001).

lócus religioso pré-moderno e passou a “invadir como um parasita” os diversos sistemas sociais funcionalmente diferenciados²⁵⁶.

A moral não se localiza, portanto, em nenhum subsistema específico da comunicação, podendo estar presente em qualquer âmbito da sociedade²⁵⁷. O código bom/mau pode ser universalmente aplicado sempre que uma questão moral surge no decorrer da comunicação, embora não haja mais a possibilidade de que os programas respectivos sejam ancorados em qualquer espécie de consenso – de fundo religioso, por exemplo²⁵⁸.

Os valores dos códigos binários dos sistemas sociais não podem, então, ser identificados com os valores morais bom/mau²⁵⁹. O fato de se sair vitorioso em uma disputa jurídica não significa, em si, um bem, assim como a perda de uma demanda

²⁵⁶ Rasch (2000, p. 145-146). De acordo com Luhmann: “No lugar de uma tecnicização do código e de uma programação mais variável e complexa, com a correspondente diferenciação de um sistema social específico, a moral desenvolve uma alta e seletiva sensibilidade pelos problemas remanescentes da ordem social. Já dissemos que a ética se tornou utópica. Podemos agora adicionar que a sociedade se alarma por meio de uma moralização da comunicação. Um alarme tem a mesma estrutura paradoxal que nos chamou a atenção no caso da moral: ele se torna supérfluo quando obtém sucesso e inútil quando não obtém” (Luhmann, 1993a, p. 1003). Ainda segundo Luhmann: “De qualquer modo, a conclusão é manifesta no sentido de que a moral não mais preenche uma função social integrativa, mas, pelo contrário, adquire formas conflituosas que surgem a partir de conflitos e, ao mesmo tempo, agravam esses mesmos conflitos” (Luhmann, 1993a, p. 1004). Nesse sentido, pode-se dizer que a moral tem, na verdade, “o efeito de reduzir a comunicação a polêmicas e conflitos que possam obstacularizar a reprodução normal das operações nos sistemas parciais da sociedade” (Baraldi, Corsi e Esposito, 1996, p. 113).

²⁵⁷ Baraldi, Corsi e Esposito (1996, p. 113).

²⁵⁸ De acordo com Luhmann: “a sociedade moderna cria uma situação na qual o código moral pode ser universalmente aplicado sempre que surge uma comunicação moral, não obstante os programas correspondentes não sejam mais objeto de um consenso (excluídos, naturalmente, os casos mais alarmantes, que não são, contudo, valiosos para uma reflexão ética e, de um ponto de vista prático, podem ser tratados de uma maneira mais efetiva pelo direito). O que atualmente aparece sob o rótulo ética (por exemplo, ética dos fundos bancários, ética médica, ética ambiental, ética empresarial) existe em decorrência da urgência dos problemas e do objetivo de apresentar as próprias opiniões de alguém de maneira mais efetiva a partir de um ângulo retórico e jornalístico – ainda mais quando o consenso não pode mais ser presumido” (Luhmann, 1993a, p. 1008). Sobre o papel da ética, como teoria reflexiva responsável por uma observação de segunda ordem sobre a moral, na dissolução dos “interesses latentes dos moralistas”, cf. Luhmann (1993a, p. 1008).

²⁵⁹ Luhmann (1993a, p. 1004-1005).

também não pode ser encarada como um mal. O código binário do direito é, em certa medida, indiferente em relação à moral²⁶⁰.

É comum, todavia, que, com a perda de referências externas que caracteriza a modernidade, muitos sistemas apelem para a moral como uma forma de re-fundamentação²⁶¹. Dada a impossibilidade de que os paradoxos sejam resolvidos a partir dos próprios códigos binários, um apelo à moral pode fornecer, nesses casos, uma estratégia de desaparadoxização²⁶².

A teoria jurídica, por exemplo, tem dificuldade em lidar com a positividade do direito moderno sem recorrer a referências externas, em geral de fundo moral, não obstante a separação entre essas duas esferas em decorrência da diferenciação funcional²⁶³. Uma diferença relevante entre direito e moral consiste em que o direito, ao contrário da moral, possui mecanismos institucionais de reflexividade. De acordo com Luhmann:

Não existe nenhuma outra ordem normativa que tenha desenvolvido uma reflexividade tal que se realize através de processos. Isso somente se encontra no direito, e não, por exemplo, na moral. É exatamente aqui que pode ser identificado o critério decisivo de delimitação dessas duas codificações e que habilita o direito, e não a moral, a ser um sistema autopoietico. Somente o direito dispõe das *secondary rules* tão discutidas desde Hart; somente o direito pode duvidar, a partir do direito, de si mesmo; somente o direito dispõe, em seus processos, de formas que permitem assegurar juridicamente a alguém

²⁶⁰ “Os juristas e especialmente os filósofos do direito tendem a duvidar que o código direito/não direito deve ser apresentado, nesse sentido, como moralmente indiferente. Mas foi esse precisamente o sentido de determinar o direito através da função de assegurar a liberdade, principalmente a liberdade de agir de modo irracional e imoral, ao menos enquanto não proibido pelo próprio direito. Os praticantes da desobediência civil cultivam, inclusive, a opinião de que agir ilegalmente, sob certas circunstâncias, constitui uma forma de se obter reconhecimento moral” (Luhmann, 2002, p. 207).

²⁶¹ Rasch (2005, p. 130).

²⁶² “Não se pode mais esperar, então, que a moral prescreva as máximas e regras dos sistemas funcionais – isto é, máximas e regras que devem ser respeitadas pelos sistemas como uma espécie de direito natural. Os sistemas respondem, entretanto, com irritação moral aos problemas centrais daí resultantes. Ou melhor, os sistemas funcionais não podem resolver os paradoxos dos seus próprios códigos – isto é, os paradoxos da forma e os paradoxos da igualdade do que é distinguido – por meio dos seus próprios códigos. Precisamente por isso, a sociedade recorre, nesses casos, à sensibilidade moral” (Luhmann, 1993a, p. 1005-1006).

²⁶³ Luhmann (1989, p. 148-149).

de sua situação jurídica; e somente o direito conhece os valores limite (incluídos ou excluídos) da indeterminação temporal da questão jurídica. A moral pode tratar problemas de aplicação do código a si mesmo, mas apenas na forma de discursos éticos fundantes, isto é, somente na forma de uma ética: somente na forma de abstrações semânticas cujo valor de orientação permanece incerto²⁶⁴.

A própria forma constitucional permite ao sistema jurídico a instauração permanente de comunicações reflexivas, capazes de questionar, em certa medida, o direito do direito, isto é, a constitucionalidade das decisões jurídicas. O sistema também dispõe de procedimentos que temporalizam o conteúdo da decisão, assim como de mecanismos internos de auto-correção, refletidos no escalonamento hierárquico de instâncias judiciárias.

Não obstante a amoralidade do código binário direito/não direito, comunicações morais certamente influenciam na construção das decisões jurídicas. Existem, contudo, limites. Embora a moral possa ter importância retórico-argumentativa, ela não funda, por si só, a validade das normas jurídicas. A validade só pode ser produzida a partir de uma rede recursiva de operações internas. Argumentos morais podem ser formulados, por exemplo, para dar sustentação à interpretação de um determinado texto. Mas a eficácia jurídica desse texto constitui, em si, algo que deve ser reconhecido pelo próprio sistema do direito²⁶⁵.

O direito, portanto, juridifica a moral de acordo com as suas normas particulares²⁶⁶, o que significa que questões morais podem ter relevância jurídica apenas

²⁶⁴ Luhmann (1993b, p. 150-151).

²⁶⁵ “(...) a moral (ou, em sua forma reflexiva, a ética) não é apropriada para fundamentar a validade da norma jurídica. Em casos isolados, existem vantagens argumentativas quando se recorre a uma valoração moral que, na sociedade, é inevitável: a moral tem qualidades retóricas decisivas. Mas não se pode remeter à moral quando se trata de conferir êxito e estabilidade a uma expectativa normativa. Então, haveria de se tornar jurídica a norma que se pretende introduzir nessa zona de segurança. (...) a juridicidade da norma somente pode ser determinada através de uma observação recursiva do emaranhado em que a norma foi gerada” (Luhmann, 1993b, p. 95).

²⁶⁶ “(...) o sistema do direito juridifica as normas morais ao citá-las, o que deve, contudo, ser comprovado especificamente por meio de textos jurídicos. Isso não pode ser deduzido simplesmente do fato de que

de acordo com as estruturas e operações do sistema²⁶⁷. A argumentação moral pode contribuir, como uma espécie de alarme, para centralizar – poder-se-ia dizer também, polemizar – a comunicação jurídica em torno de temas específicos. Todavia, mesmo para que determinados valores morais considerados básicos adquiram eficácia normativa, devem ser primeiramente reconhecidos como programas relevantes através do código do direito²⁶⁸.

Em uma sociedade extremamente complexa e funcionalmente diferenciada, a autonomia do direito é importante, sobretudo, para oferecer proteção contra demandas excessivas da moralidade e também da racionalidade²⁶⁹. Nesse sentido, a própria clausura normativa do sistema serve para garantir uma certa irrelevância jurídica da moral. Em outras palavras, para garantir juridicamente um amplo espaço de liberdade em relação à avaliação moral dos comportamentos – uma espécie de garantia do “direito à imoralidade”:

Clausura normativa significa, acima de tudo, que a moralidade como tal não tem relevância jurídica – nem como código (bom/mau, bem/mal), nem em relação a suas avaliações específicas. **O direito provê amplo espaço para o comportamento imoral.** *Non omne quod licet honestum est.* Isso não constitui simplesmente uma fraqueza moral do direito, mas sim uma condição para o livre e irrestrito desenvolvimento da comunicação moral. Essa era a opinião comum

as decisões jurídicas devam ser fundamentadas. O problema se encontra, *horrible dictu*, no mesmo nível em que se citam os standards técnicos, ou no mesmo nível do melhor conhecimento competente possível: nas normas particulares do sistema jurídico” (Luhmann, 1993b, p. 155).

²⁶⁷ Luhmann (1992, p. 1429).

²⁶⁸ “Na medida em que a sociedade se adapta à diferenciação funcional, os sistemas funcionais específicos não mais se orientam a partir de autoridades sociais centralizadas (soberano, nobreza, alta sociedade metropolitana), nem a partir de valores sociais centrais proclamados pela moral, mas, ao contrário, unicamente de acordo com os seus próprios códigos. O caráter vinculante de alguns valores básicos pode ainda ser considerado uma necessidade política (mas, como se sabe, apenas na minoria dos Estados), mas, mesmo assim, uma necessidade política ou, ocasionalmente, jurídica apenas porque o código desses sistemas identifica valores básicos como programas relevantes para o sistema” (Luhmann, 1993a, p. 1004).

²⁶⁹ “(...) o direito tem que oferecer proteção contra projetos racionais e contra pressões morais porque, em uma sociedade aberta e pós-Gödeliana, razão e moralidade são valores parciais [*partisan values*]. O direito deve, ao menos, assegurar quais pontos e de que forma a resistência contra demandas propagadas em termos de um “discurso” racional e moral podem obter sucesso. A manutenção dessa possibilidade de conflito com a razão e a moralidade constitui um aspecto da diferenciação e da improbabilidade do direito” (Luhmann, 1990a, p. 238).

nos séculos XVIII e XIX e a consequência inevitável do pluralismo moral e religioso produzido com o surgimento da imprensa. Isso não impede, é claro, o sistema jurídico de incorporar proibições morais como se fossem restrições jurídicas; mas isso deve ser feito dentro do sistema jurídico e deve ser confirmado por referências usuais aos textos legais, aos precedentes ou às regras que limitam o campo da argumentação jurídica. (...) Qualquer que seja a importância reivindicada para as referências externas, esses referências mesmas são aspectos das operações internas. O sistema tem que cuidar de si mesmo [sem grifo no original]²⁷⁰.

A moralização da comunicação jurídica constitui algo comum em matéria de interpretação constitucional. O caráter fundante e, portanto, paradoxal da constituição acentua o problema de se, para interpretá-la, seria necessário recorrer a referências que transcendem o próprio texto constitucional – como se qualquer interpretação, em si, já não representasse um ato de transcendência em relação ao texto, isto é, uma distinção entre o texto e o seu sentido quando interpretado. Daí a tão comum e cada vez mais generalizada identificação entre princípios constitucionais e valores morais – uma saída que os juristas encontram para se “libertarem das suas inseguranças” (poder-se-ia dizer, para fugirem dos paradoxos), nas palavras irônicas de Luhmann²⁷¹.

Essa identificação é aparentemente contraditória com aquilo que se costuma definir como pluralismo, ou seja, com a não-identidade entre a constituição e as diversas cosmovisões morais, religiosas e ideológicas de mundo existentes na sociedade – o que remete à própria distinção entre direito e moral e à necessidade de “proteção jurídica à imoralidade”. De acordo com Luhmann:

²⁷⁰ Luhmann (1992, p. 1429).

²⁷¹ “O direito constitucional requer em grande medida interpretação, e isso significa que a interpretação deve transcender o sentido fixado no texto. Por isso, para os intérpretes da Constituição, surge, volta e meia, a pergunta acerca de até onde se deve determinar o sentido da constituição. Poder-se-ia duvidar acerca de se os procedimentos habituais de interpretação também são válidos aqui ou se a distinção direito constitucional/direito normal também diferencia os aspectos da interpretação. Dessa forma, se remete frequentemente a standards mais altos: morais e éticos, dado que, de outra maneira (isto é, imanente ao texto) não poderia ser alcançada uma decisão. Parece que os intérpretes da Constituição necessitam da referência a um direito mais alto ou algo maior para se libertarem das suas inseguranças” (Luhmann, 1993b, p. 65).

(...) essa aparente contradição entre não-identidade e recurso aos valores pode ser dissolvida. A não-identidade se apresenta com outros nomes como pluralismo. De imediato, isso significa que a Constituição aceita diferentes concepções de mundo no terreno da política e que, como texto exclusivo do direito, não se inclina por nenhuma delas. Ademais, no texto se encontra uma pluralidade de valores diferentes sem que haja *nenhuma regra consistente para dirimi-los*. Pense-se, por exemplo, em liberdade e igualdade. Isso remete ao fato de que a Constituição pressupõe um sistema jurídico operante para decidir sobre tais conflitos; isto é, a Constituição remete para dentro do direito, e não para fora. Com isso, confirma indiretamente (e, na prática, inevitavelmente) que o direito se remete em tudo que afirma a si mesmo, e que todos os acessos aos valores comumente descritos como os pontos “mais altos” da sociedade somente servem para confirmar uma decisão: partem do direito e regressam ao direito [sem grifo no original]²⁷².

Toda referência aos valores constitui, portanto, uma hetero-referência do próprio sistema jurídico. Mais do que isso, constitui uma estratégia anacrônica de se esconder o paradoxo da auto-referência, uma tentativa de fundar a unidade do direito na moral quando o fundamento do direito positivo da sociedade moderna é apenas ele mesmo.

Por que, então, a insistência em descrever os princípios constitucionais como valores morais? Por trás dessa descrição não estaria escondido não apenas um paradoxo, mas talvez um autoritarismo latente? Não seria essa uma estratégia autoritária e antidemocrática de desparadoxização?

Uma leitura moral (ou moralista) da constituição que identifica princípios e valores é bastante problemática na medida em que contribui para uma confusão (ou mesmo corrupção) entre os códigos do direito e da moral²⁷³. Ao não preservar a

²⁷² Luhmann (1993b, p. 66). Sobre a jurisprudência dos valores do Tribunal Federal Constitucional alemão, que, não obstante o seu anacronismo, não caracteriza, em si, uma des-diferenciação do direito, cf. Luhmann (1993b, p. 66-67).

²⁷³ “Para não destruir o sistema que habita, a moral deve se orientar de acordo com as “condições estruturais do sistema funcional respectivo” e não de acordo com algum “meta-código” que se pretenda totalitário. O perigo surge, de acordo com Luhmann, quando o código moral bom/mau se fixa “isomorficamente” ao código prevalente do respectivo sistema social, quando procura impor uma tradução vinculante da “verdade”, do “governo” ou do “lucrativo” com o “bom” (ou “mau”). Uma “infecção” moral debilitante desse tipo ou revestimento parasita do bom/mau paralisaria o

necessária disjunção entre os dois códigos, leituras como essa tendem a diluir a própria diferenciação entre direito e moral, a diminuir o espaço juridicamente neutro de condutas eventualmente consideradas “moralmente reprováveis”²⁷⁴. Isso coloca em risco uma conquista histórica – ou, nos termos da teoria da sociedade, aquisição evolutiva²⁷⁵ – derivada da diferenciação funcional extremamente importante da sociedade moderna, que pode ser traduzida no princípio moral da amoralidade dos diversos códigos binários da comunicação²⁷⁶.

Além disso, a moralização excessiva da comunicação jurídica derivada de uma concepção axiológica dos princípios constitucionais pode dar origem a uma fundamentação autoritária das decisões. Argumentos que seguem a lógica da distinção bom/mau pressupõem, para a sua aceitação, não tanto a validade tautológica dos valores, mas sim a autoridade daquele que decide. De acordo com Luhmann:

O bem é a forma ensinada pela ética, e a forma mesma é boa, o que significa que é bom distinguir o bom do mau e que a própria ética é moralmente boa. O bem representa, ao mesmo tempo, o lado positivo da distinção *e a distinção mesma*. De acordo com nossa estrutura lógica e lingüística, essa unidade se deve a uma confusão de níveis. Na comunicação social, **isso pressupõe autoridade – por exemplo, dos mais velhos sobre os mais jovens, dos homens sobre as mulheres, dos nobres sobre os comuns, dos clérigos sobre os fiéis**. Em termos estruturais, essa forma de ocultar o paradoxo pressupõe

funcionamento autônomo do sistema, causando, eventualmente, a sua perda de identidade e o seu desaparecimento” (Rasch, 2005, p. 146).

²⁷⁴ “(...) não se pode permitir que o valor “bom” seja determinante do valor “direito”, pois, de outro modo, poderia alguém desafiar o direito existente sem se expor a uma condenação moral ou, o que dá na mesma, como poderia ser dada continuidade à replicação do sistema jurídico através da comunicação jurídica (e não moral)? Se não se preserva a relação “ortogonal” entre os códigos do direito e da moral, como poderia ser feita a distinção (...) entre a moralidade e a juridicidade do aborto?” (Rasch, 2005, p. 146-147).

²⁷⁵ Sobre o conceito de evolução na teoria da sociedade, cf. Baraldi, Corsi e Esposito (1996, p. 77-79).

²⁷⁶ “Em muitos casos, poderíamos falar de corrupção de códigos em relação aos acoplamentos diretos entre os códigos. Também somos moralmente sensíveis quando as diferenças entre os valores dos códigos específicos são sabotadas – por exemplo, através do doping nos esportes ou em escândalos políticos como o do caso Watergate. Nesses casos, protestamos utilizando uma palavra misteriosa – “justiça” [*fairness*]. Nós estabelecemos os códigos dos sistemas funcionais específicos em um nível de alta amoralidade e, então, mais uma vez, retiramos um princípio moral da sua respectiva neutralização moral” (Luhmann, 1993a, p. 1005).

uma sociedade diferenciada em termos hierárquicos e/ou a partir da distinção centro/periferia [sem grifo no original]²⁷⁷.

E quando se trata de fundamentar uma decisão judicial que aplica os “valores consagrados na constituição”? Nesse caso, poder-se-ia dizer, o ocultamento do paradoxo pressupõe, em grande medida, a autoridade (ou autoritarismo) dos Tribunais Constitucionais – talvez não por acaso, organizações localizados no *vértice da hierarquia* do centro do sistema jurídico²⁷⁸.

Valores têm validade porque são, tautologicamente, pressupostos como válidos²⁷⁹. Sua artificialidade é facilmente naturalizada (ou ocultada) devido à bondade intrínseca da moral. “Quem opera, por assim dizer, sob a proteção da beleza e da bondade dos valores” pode se beneficiar do fato de que aquele que protesta deve assumir para si a complexidade e a responsabilidade pela argumentação em contrário, o que constitui uma tarefa extremamente árdua se considerado que, em geral, “valores não se discutem, mas apenas preferências, interesses, prescrições, programas”²⁸⁰.

Um discurso jurídico fundando em bases axiológicas parece ser, então, inadequado diante da complexidade da sociedade moderna e do seu característico pluralismo de valores²⁸¹. Trata-se de uma estratégia de desparadoxização não só

²⁷⁷ Luhmann (2002, p. 91).

²⁷⁸ Sobre o autoritarismo da jurisprudência dos valores praticada pelo Tribunal Constitucional Federal alemão, organização interpretada criticamente como o “superego de uma sociedade órfã”, cf. Maus (2000).

²⁷⁹ Luhmann (2002, p. 164).

²⁸⁰ Luhmann (2002, p. 164). De acordo com Luhmann, a estabilidade dos valores constitui um artefato exclusivamente comunicativo que as pessoas podem utilizar para “satisfazer suas próprias vontades”. Justamente por isso, “a semântica dos valores é conveniente a uma representação das fundações do sistema social para uso próprio”. Pessoas conscientes “sabem que o consenso acerca dos valores é tão inevitável quanto danoso. Isso porque não existe qualquer forma de auto-realização dos valores, e pode-se sempre permitir tudo o que parece ir em sentido contrário a sua realização – em nome dos valores, naturalmente” (Luhmann, 2002, p. 164).

²⁸¹ “(...) os valores representam o que em uma época, através dos catálogos de virtudes, podia ser tomado claramente, transparentemente, como sociedade bem ordenada, como *perfeita communitas*. Os valores só podem descrever a sociedade atual bem mais complexa através de fórmulas extremas e para tanto se referem ao que na comunicação normal é presumivelmente inconteste, inquestionado, dado como pressuposto, mas que precisamente por isso não é tematizado. (...) através dos valores fundamentais e

autoritária, mas também antidemocrática, na medida em que pode dar origem a decisões naturalizadas, que fixam uma espécie de conteúdo moral necessário nos princípios constitucionais, em prejuízo da sua artificialidade e da abertura para o futuro que são capazes de proporcionar – ou seja, em prejuízo da própria variabilidade estrutural do direito positivo, que é garantida (ou incrementada), de certa forma, pela figura dos princípios²⁸².

Se uma argumentação excessivamente moralizada traz consigo esse risco de autoritarismo, uma preocupação exagerada com as conseqüências das decisões também não é menos problemática do ponto de vista da diferenciação funcional do sistema jurídico.

Pode o direito produzir decisões com base nas suas conseqüências e ainda atender à exigência de consistência no tratamento dos casos? Um juiz pode, simultaneamente, ser imparcial e responsável em relação às conseqüências das suas decisões?

É necessário traçar aqui uma distinção – *draw a distinction*, como sugere a lógica das formas de Spencer Brown – entre conseqüências internas e conseqüências

postulados morais, as margens de interpretação são dilatadas e a estrutura, pela qual todo o ordenamento jurídico deve ser controlado com base no critério direito/não direito, é gravada por notáveis incertezas” (Luhmann, 1996b, p. 37-38).

²⁸² Sobre a importância da positividade do direito moderno – refletida na sua mutabilidade, artificialidade e plasticidade – para a própria democracia, cf. De Giorgi (1998). De acordo com Rasch: “o código moral, de acordo com Luhmann, tem a função adicional de inibir ou “sugerir uma desistência” da liberdade que produz por meio de uma codificação da aprovação ou desaprovação das conseqüências da comunicação. Seu objetivo, de modo mais sucinto, é eliminar escolha (não obstante ele mesmo produza) através de uma pré-seleção da afirmação e da rejeição (...). Isto é, a moralidade, com seu código aprovação/desaprovação, constitui uma tentativa de limitar a escolha que ela não pode ajudar, mas apenas engendrar. Uma tentativa de impor os seus meios de redução de complexidade ao sistema que ela mesma habita ao buscar substituir os meios “legítimos” e específicos do sistema de gerar e processar informações por um outro “ilegítimo”, totalizante e parasita” (Rasch, 2005, p. 148-149). Trata-se, portanto, de uma limitação das possibilidades de escolha que diminui consideravelmente a complexidade interna, afetando, assim, o próprio funcionamento “democrático” dos sistemas. Sobre a preocupação da teoria da sociedade com os riscos representados por uma espécie de “apoteose da moral”, cf. Clam (2005, p. 139-145).

externas²⁸³. Ou, em outros termos, entre projeção auto-referente do futuro e orientação por uma futura hetero-referência.

Argumentos conseqüencialistas desempenham um papel extramente relevante na argumentação jurídica, conforme demonstrado, principalmente, por Neil MacCormick²⁸⁴. Sua função consiste em servir de instrumento para a avaliação, a partir de uma “justificação de segunda ordem”²⁸⁵, de determinadas deliberações, tendo em vista a aceitabilidade das conseqüências em termos de que tipos de decisão “teriam de ser tomados em outros casos hipotéticos que poderiam ocorrer e que se enquadrariam nos termos da deliberação”²⁸⁶. Trata-se de uma necessidade imposta pela própria idéia de justiça, entendida como fórmula de consistência (ou, nos termos da teoria da sociedade, fórmula de contingência), que exige um mesmo tratamento para casos similares e, portanto, exige “tratar o caso em tela de uma forma pela qual seja justificável tratar futuros casos semelhantes”²⁸⁷.

De acordo com Luhmann, essa é uma forma de manejo da redundância e, conseqüentemente, de controle da consistência que leva em consideração as conseqüências internas de uma decisão, isto é, as conseqüências para o próprio funcionamento auto-referente do sistema em um futuro hipotético:

As conseqüências internas do sistema são conseqüências e, portanto, devem ser levadas em consideração. Esse é um momento inteiramente normal da recursividade de todas as decisões jurídicas que necessitam ser fundamentadas: deve-se levar em conta não somente as decisões precedentes, mas também as futuras. Quando se discute acerca das razões que fundamentaram uma decisão e as regras que a generalizaram, também faz parte do exame provar quais

²⁸³ Luhmann (1993b, p. 269-274).

²⁸⁴ MacCormick (2006, p. 127-195). Sobre a importância desses argumentos, cf. também Luhmann (1993b, p. 269-270)

²⁸⁵ “(...) a justificação de segunda ordem no direito envolve a verificação de possíveis deliberações reciprocamente opostas, por meio da comparação de uma com a outra, bem como a rejeição daquelas que não satisfizerem testes pertinentes” (MacCormick, 2006, p. 131).

²⁸⁶ MacCormick (2006, p. 133).

²⁸⁷ MacCormick (2006, p. 193).

comportamentos seriam jurídicos (ou antijurídicos) no caso da aceitação de uma determinada regra. Por exemplo, se a colocação de produtos na estande de uma tenda de auto-serviço é considerada uma oferta em si mesma, o fato de alguém pegar o produto da estande pode ser considerado uma conclusão do contrato; então, a devolução do produto já não seria juridicamente possível e, de outro lado, o fato de se levar o produto sem pagar já não seria um furto, mas simplesmente o descumprimento de um dever contratual. O jurista consideraria inaceitáveis as conseqüências dessa construção, independentemente da questão empírica de como as pessoas se comportam em uma tenda de auto-serviço no caso de que outra construção jurídica fosse válida. Uma tal conclusão não precisa de nenhum prognóstico empírico, já que não está sobrecarregada com as inseguranças correspondentes. A conclusão pode ser tomada no momento da decisão com base nos conhecimentos jurídicos disponíveis a partir da segurança habitual proporcionada pelas concepções jurídicas. Não se trata de outra coisa senão o cultivo da consistência usual e da provisão de suficiente redundância²⁸⁸.

Há, no entanto, uma diferença entre essa previsão argumentativa das conseqüências jurídicas da decisão e a orientação da própria decisão em direção aos resultados sociais que podem ser produzidos com a sua implementação. Ou seja, há uma diferença entre a avaliação auto-referente das conseqüências internas ao sistema, que leva em conta a projeção de uma eventual e hipotética situação jurídica futura, e a consideração hetero-referente das conseqüências externas ao sistema, que toma como parâmetro os resultados reais a serem produzidos no seu ambiente²⁸⁹.

A argumentação conseqüencialista analisada por MacCormick diz respeito, conforme demonstrado, às conseqüências internas – também denominadas de “conseqüências jurídicas” (*juridical consequences*), em oposição às “conseqüências comportamentais” (*behavioral consequences*), interpretadas aqui como conseqüências

²⁸⁸ Luhmann (1993b, p. 271).

²⁸⁹ “É comum confundir a previsão argumentativa sobre as conseqüências das decisões com programas de decisão jurídica orientados por fins. Todavia, essa é uma confusão conceitual fácil de ser evitada, já que os juízes não dispõem dos meios e nem têm disposição para se arrisarem, condições essas necessárias para a persecução de objetivos. O mesmo é válido para o legislador (em relação à técnica jurídica), apesar de que ele tem, naturalmente, a liberdade (pois participa do sistema político) de perseguir fins políticos, com seus correspondentes riscos. Uma descrição teórico-sistêmica sugere, então, uma distinção entre conseqüências internas e conseqüências externas em relação ao sistema” (Luhmann, 1993b, p. 270-271). Sobre o tratamento dado pela dogmática jurídica às conseqüências internas como critérios de correção e de controle da consistência das decisões, cf. Luhmann (1983a, p. 76-80).

externas²⁹⁰. As conseqüências externas são, em geral, aquelas de que tratam as concepções pragmáticas do direito. De acordo com Luhmann:

As abordagens de “engenharia social” [*“social engineering” approach*] e a jurisprudência dos interesses associaram a aplicação do direito aos fatos que não foram considerados na produção das normas e que deviam ser levados em conta após a formulação do texto legal. O pragmatismo postulou que toda a aplicação do direito deve considerar como as diferentes construções jurídicas afetam os resultados oferecidos pelo direito [*legal outcomes*]; sua preocupação estava relacionada não apenas ao impacto em decisões futuras dentro do sistema jurídico, mas também ao controle atual das conseqüências na própria realidade social²⁹¹.

A orientação das decisões jurídicas pelas suas conseqüências externas – algo que tende a ser acentuado, conforme já observado, especialmente no contexto de um Estado intervencionista – é inadequada, segundo o próprio MacCormick, porque “exclui a possibilidade de qualquer justificação racional de uma decisão, já que o futuro é desconhecido e as cadeias de conseqüências podem se estender até o infinito”²⁹².

Em termos teórico-sistêmicos, essa forma de conseqüencialismo (ou pragmatismo) pode ser interpretada como uma estratégia de desparadoxização que introduz uma assimetria temporal no direito. Se o passado supostamente não é capaz de fornecer as “melhores” premissas para a decisão, o sistema, então, passa a se orientar

²⁹⁰ “(...) como a justificação se dá por meio da demonstração do motivo pelo qual tal decisão *deveria* favorecer um lado em vez do outro, as conseqüências pertinentes são as da deliberação genérica envolvida na decisão de uma forma ou de outra, não simplesmente os efeitos específicos da decisão específica sobre as partes consideradas individualmente” (MacCormick, 2006, p. 193). Ao analisar o papel desempenhado pela argumentação conseqüencialista, MacCormick menciona um tipo especial de argumento que destoa dos argumentos conseqüencialistas em geral por não levar em conta critérios de justiça ou correção, mas sim de “praticidade” ou “conveniência”. Cf. MacCormick (2006, p. 137-152). Em uma ocasião posterior, ele introduz a distinção entre *juridical consequences* e *behavioral consequences* para afirmar que a “argumentação conseqüencialista está focada não na avaliação da probabilidade de mudanças de comportamento, mas sim no status normativo de certas condutas sob a luz de uma avaliação jurídica minuciosa [*ruling under scrutiny*]” (MacCormick, 1983, p. 254).

²⁹¹ Luhmann (1989, p. 136). Sobre o pragmatismo jurídico, cf. Eisenberg (2006).

²⁹² MacCormick (1983, p. 239). Para uma crítica contundente à utilização das conseqüências externas como critérios, principalmente devido à impossibilidade de um tratamento consistente dos efeitos da decisão a partir da dogmática jurídica, cf. Luhmann (1983a, p. 61-91). Sobre os principais problemas derivados de uma prática jurídica orientada pelas suas conseqüências externas, cf. também Luhmann (1982a, p. 133-135).

em direção ao futuro. O futuro assume, assim, o papel de “terceiro valor” que reentra no sistema para esconder o seu paradoxo²⁹³. Um paradoxo que permanece, como sempre, inobservável, pois “o futuro nunca começa”²⁹⁴.

Ao contrário da avaliação das conseqüências internas, que apenas serve, por assim dizer, de controle prévio da consistência no tratamento de casos futuros – um futuro, portanto, apenas hipotético, auto-referente, relativo ao próprio sistema –, a orientação pelas conseqüências externas pressupõe a produção efetiva de uma modificação futura na realidade social, isto é, no ambiente do sistema. Trata-se, portanto, de uma hetero-referência, pois essa realidade é uma realidade projetada pelo sistema. A projeção mesma constitui uma operação interna de atribuição de um evento futuro ao ambiente – um ambiente internamente projetado (ou construído).

O aspecto problemático consiste em que o sistema jurídico não é capaz de controlar se as conseqüências previstas serão ou não implementadas no seu ambiente – nos sistemas político ou econômico, por exemplo –, ao qual não tem nenhum acesso direto e imediato. A conseqüência utilizada como critério para a decisão é sempre um dado construído internamente. O sistema não pode garantir ou evitar a sua ocorrência no futuro. Ele pode, no máximo, incrementar expectativas normativas de modo contrafático – talvez seja essa a única “conseqüência” que pode ser produzida juridicamente –, pois essa é a sua função. Mas não, por exemplo, conseqüências de natureza política ou econômica, como a “governabilidade” ou o “crescimento da economia” – esses são objetivos, poder-se-ia dizer, não inteiramente controláveis nem mesmo pelos próprios sistemas político e econômico.

²⁹³ Luhmann (1993b, p. 273-274).

²⁹⁴ Luhmann (1982a, p. 271-288). Sobre essa orientação em direção ao futuro como estratégia de desparadoxização que introduz uma distinção entre princípio e conseqüência, cf. Magalhães (1997, p. 266-269) e Magalhães (1998, p. 444-448).

Os princípios constitucionais, entendidos como fórmulas de redundância, podem ser utilizados na argumentação como um parâmetro para a avaliação das conseqüências de determinadas construções jurídicas, ou seja, conseqüências internas ao sistema. Dar um mesmo tratamento a casos semelhantes – o que, por si só, já constitui uma exigência que pode ser extraída do princípio constitucional da igualdade – também implica, obviamente, assegurar que os casos não sejam decididos de maneira contrária à constituição – ainda que a caracterização dessa contrariedade possa se mostrar bastante controversa na prática.

Todavia, quando confundidos com fins – ou, de acordo com uma descrição bastante difundida no contexto brasileiro, com “comandos de otimização a serem implementados proporcionalmente de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas existentes”²⁹⁵ –, os princípios correm o risco de serem instrumentalizados pragmaticamente com vistas a produção de conseqüências externas ao sistema²⁹⁶.

A instrumentalização pragmática dos princípios representa uma tentativa de transformar as premissas decisórias do sistema do direito em programas do tipo finalístico. Os programas finalísticos, contudo, “não permitem delimitar suficientemente

²⁹⁵ Alexy (1998). Essa concepção axiológica dos princípios formulada por Robert Alexy com base na interpretação da jurisprudência dos valores desenvolvida pelo Tribunal Constitucional Federal alemão é defendida, no contexto brasileiro, por diversos autores. A título de exemplo, cf. Barros (2003) e Mendes (2004).

²⁹⁶ É interessante notar que a própria distinção entre *juridical consequences* e *behavioral consequences* formulada por MacCormick tem como objetivo justamente explicitar a diferença entre a argumentação conseqüencialista por ele defendida e as concepções pragmáticas do direito, especialmente as tributárias do pensamento do filósofo norte-americano John Dewey. MacCormick acentua, inclusive, a semelhança entre os seus argumentos conseqüencialistas e os argumentos de princípio defendidos por Ronald Dworkin, um dos maiores críticos do pragmatismo jurídico no contexto da teoria do direito norte-americana. De acordo com MacCormick: “argumentos jurídicos conseqüencialistas são e devem ser caracteristicamente argumentos que testam as decisões e suas respectivas conseqüências contra princípios, e não contra políticas” (MacCormick, 1983, p. 245). Para a distinção entre “argumentos de princípio” e “argumentos de política”, efetuada, em certa medida, em contraposição ao pragmatismo jurídico e à respectiva tese de que os juízes devem decidir os casos controversos com base em critérios utilitaristas de aumento do bem-estar geral da comunidade, cf. Dworkin (2002, p. 35-37). Para uma distinção, bastante parecida, entre princípios em sentido estrito e diretrizes gerais ou normas programáticas, cf. Atienza e Manero (1991). Para uma análise crítica do pragmatismo jurídico, cf. também Dworkin (2003, p. 185-212).

os fatos que devem ser considerados no procedimento jurídico”²⁹⁷. Para serem operados juridicamente, eles devem ser traduzidos em programas condicionais – ou seja, as conseqüências devem ser transformadas em condições para a tomada de uma decisão. A condicionalização das conseqüências é, no entanto, bastante arriscada, pois o futuro, em si, constitui algo desconhecido, inobservável, imprevisível²⁹⁸. Efeitos futuros não podem ser traduzidos diretamente em condições para a decisão, a não ser de forma casuística, aleatória, arbitrária. De acordo com Luhmann:

Sobretudo as tendências políticas do Estado de Bem-Estar conduziram os legisladores a impor formulações orientadas por fins à administração pública e, em menor medida, aos julgados. A orientação por fins pode ser uma medida politicamente sensata. Em relação ao sistema jurídico, contudo, há muitos elementos em contrário: de um lado, a sensibilidade dos programas finalísticos não pode ser aproveitada nas circunstâncias da obtenção dos fins. De outro lado, os programas teleológicos são demasiado imprecisos do ponto de vista técnico-jurídico, como para excluir eficientemente um mal uso ou inclusive a resistência contra a obtenção dos fins propostos. Isso vale também, e sobretudo, para as leis que se limitam à designação de fins. Do ponto de vista jurídico, nomear um fim significa apenas que as medidas somente serão corretas juridicamente no caso de se cumprirem os critérios orientados aos objetivos, como, por exemplo, critérios de competência causal ou de legitimidade na seleção dos meios. Uma indicação orientada a um fim jurídico ou elaborada na prática jurídica não pode ser mais do que um guia para a determinação das condições que possam suportar a decisão entre o conforme (ou o discrepante) ao direito. Desse modo, **o programa condicional tem que ser construído (mais ou menos) caso por caso, e as expectativas permitem supor que o juiz levará em conta “medidas estereotipadas”, cuja utilidade presume.** A finalidade lhe permite descuidar das conseqüências secundárias. (...) **Quanto mais considerações finalísticas forem suportadas pela decisão, tanto maior será a probabilidade de que ela resulte equivocada, porque o futuro segue sendo desconhecido, ainda para o juiz. As considerações sobre o fim o expõem a uma crítica, e somente a autoridade do cargo e a obrigação de decidir validam, então, a sua conclusão** [sem grifo no original]²⁹⁹.

Em oposição à avaliação argumentativa das conseqüências jurídicas, essa preocupação excessiva com os efeitos da decisão diminui a consistência na reprodução

²⁹⁷ Luhmann (1993b, p. 139).

²⁹⁸ Sobre a relação entre risco e futuro, cf. Luhmann (2005b).

²⁹⁹ Luhmann (1993b, p. 144).

das operações internas. Isso porque “o prognóstico empírico sobre as conseqüências resulta em proveito muito mais da variedade do que da redundância”, colocando, assim, “a sensibilidade de resposta do sistema ante as difundidas e cambiantes preferências sociais no lugar que tradicionalmente corresponde à justiça”³⁰⁰. A igualdade no tratamento dos casos é comprometida devido à própria inadequação (ou incapacidade) estrutural do sistema para o manejo, controle e implementação de fins³⁰¹. Um juiz não pode, de acordo com Luhmann, “pretender, ao mesmo tempo, imparcialidade e responsabilidade pelas conseqüências” das suas decisões³⁰².

Além disso, uma orientação pelas conseqüências externas também afeta a própria função contrafática do direito. A dificuldade em condicionar fins repercute na capacidade do sistema de processar expectativas normativas, que, como tais, devem poder se manter imunes ao aprendizado. Em suas decisões, o sistema não pode aprender com o futuro, pois o futuro, conforme já observado, nunca começa. Logo, a decisão adotada com base em uma determinada conseqüência não perde a sua validade se a

³⁰⁰ Luhmann (1993b, p. 273).

³⁰¹ Sobre a incapacidade estrutural do direito para o controle do futuro devido à inexistência de métodos e procedimentos jurídicos adequados a uma orientação pelas conseqüências e ao correspondente tratamento dos respectivos riscos, cf. Luhmann (1993b, p. 410-411). Sobre a impossibilidade de uma juridicização do risco e a correspondente inadequação de uma prática jurídica decisória orientada pelas suas conseqüências, cf. Luhmann (2005b, p. 59-60). Sobre a necessidade de uma forma organizativa mais complexa e diferenciada para a orientação por fins, da qual não dispõe o sistema jurídico, cf. Luhmann (1983a, p. 75-76). Sobre a dificuldade de previsão, controle e planejamento das conseqüências em situações complexas mesmo pelas organizações especializadas, cf. Luhmann (1983a, p. 68-70).

³⁰² Luhmann (Luhmann, 1983a, p. 74). De acordo com Luhmann: “(...) a persecução de fins é, em princípio, injusta porque leva aquele que assim atua a violar o princípio da igualdade. Não se pode pretender racionalmente determinados efeitos (...) e, ao mesmo tempo, tratar casos iguais de modo igual, já que as condições de eficácia em cada caso dependem muito da situação para deixar espaço a considerações de justiça. Certamente não existe nenhuma relação de exclusão lógica entre a aspiração a um fim e a justiça, pois o princípio da igualdade possui um caráter bastante formal. Sempre é possível adotar a opinião de que nenhum caso é igual a outro, sem que por isso seja violado o princípio da igualdade. Todavia, ainda que o controle das conseqüências e a consistência das decisões não se contradigam logicamente, os interesses na elaboração do caso em uma e outra direção são divergentes. As duas coisas não podem ser maximizadas de uma só vez ou sequer melhoradas. Na medida em que se atende à compatibilidade de decisões de características díspares, aumenta de modo mais que proporcional a complexidade das conseqüências relevantes para a decisão” (Luhmann, 1983a, p. 74-75). Sobre o respaldo organizacional que permite ao juiz ser “irresponsável” pelas conseqüências das suas decisões, cf. Luhmann (1993b, p. 135-136).

consequência não se realiza, não obstante essa não realização represente, em si, uma frustração da expectativa supostamente confirmada através da decisão³⁰³. Ao invés de aprender com os fatos passados para sustentar o não aprendizado das normas no presente e garantir a consistência da normatividade no futuro, o juiz procura, de forma ilusória, adivinhar um futuro que não pode ser observado – o que equivale, nas palavras sempre irônicas de Luhmann, a “dotar a imaginação de força jurídica”³⁰⁴.

A programação condicional do direito constitui, de certo modo, um fator de segurança que reforça a possibilidade de outros sistemas se orientarem por fins³⁰⁵. Na medida em que o sistema jurídico passa, no entanto, a subordinar suas decisões aos efeitos concretos que podem ser supostamente produzidos na realidade social – isto é,

³⁰³ “A discrepância entre obrigação de decidir e possibilidade de chegar a decisões convincentes se expressa, entre outras formas, na instituição da *força do direito*. Essa força se manifesta em um *momento preciso*. Por mais questionável que haja sido e continue sendo a decisão, a força do direito a exonera de um contínuo questionamento. Isso faz com que a inclusão de consequências na busca e fundamentação da decisão seja inofensiva e, por sua vez, arriscada – inofensiva porque, no momento da decisão válida, as consequências estão localizadas, todavia, em um futuro desconhecido; arriscada precisamente por isso. As consequências que são levadas a cabo (ou não) contra as expectativas já não podem mudar a decisão. Pode ser que a decisão posteriormente se evidencia como uma especulação errônea. Contudo, continua válida e, ao contrário do que acontece com as leis, já não podem ser modificadas com vistas a uma nova mescla de consequências” (Luhmann, 1993b, p. 225). Sobre as barreiras impostas pelo esquematismo binário do direito ao controle concreto da eficácia da decisão, cf. Luhmann (1983a, p. 73-74).

³⁰⁴ “Os prognósticos assegurados empiricamente são, caso tomados como base os standards científicos, quase sempre impossíveis ou levam a resultados insignificantes. É difícil imaginar que o juiz possa provar razoavelmente uma lei desde o ponto de vista do esquema meios/fins, ou sequer que assim possa interpretá-la. Não obstante, os tribunais têm a propensão de fazerem precisamente isso e permanece indiscutível o fato de que tenham a competência de conferir validade as suas próprias suposições. Orientar-se pelas consequências outra coisa não é, visto desde os standards da investigação empírica, senão **dotar a imaginação de força jurídica** [sem grifo no original]” (Luhmann, 1993b, p. 272-272). De acordo com Luhmann, a orientação para o passado típica da programação condicional é mais propícia à tarefa de selecionar juridicamente eventos jurídicos relevantes, ao contrário da orientação para um futuro demasiadamente complexo, imprevisível e não muito sujeito a pré-determinações seguras. Cf. Luhmann (1983a, p. 70-73).

³⁰⁵ “A fixação do direito em programas condicionais não exclui, de forma alguma, que programas finalísticos de outros sistemas funcionais se remetam ao direito: por exemplo, os programas orientados por fins da política, que remetem ao direito constitucional; os programas de fins do sistema educativo, que remetem à obrigatoriedade do ensino; os regimentos institucionais e os direitos e obrigações dos pais de família; programas finalísticos da economia, que remetem à propriedade. Isso não significa, todavia, que sejam juridicizadas as próprias funções ou fins. Ao contrário, o direito oferece somente segurança condicional (e não seria segurança se não fosse condicionada) para permitir a outros sistemas um leque mais amplo na seleção dos seus fins. Do ponto de vista da sociedade em geral, o jogo concertado entre programas de fins e programas condicionais é frutífero. Esse jogo pressupõe que os sistemas e os tipos de programas se mantenham separados” (Luhmann, 1993b, p. 145).

na realidade de outros sistemas –, poder-se-ia indagar se essa possibilidade mesma não seria prejudicada. De acordo com Luhmann:

Uma prática jurídica orientada aos resultados confere autoridade às opiniões. Trata-se de uma estratégia útil para implementar políticas através de decisões coletivamente vinculantes. Do ponto de vista do sistema jurídico, temos que pensar naqueles que perdem nos litígios e naqueles que querem investir na segurança jurídica. Ambos não serão servidos por um sistema jurídico que corrompe a auto-reprodução dos sentidos normativos por meio de uma justiça conjetural³⁰⁶.

Em decorrência da positividade do direito moderno e da sua corresponde maior variabilidade estrutural, não há, certamente, como continuar entendendo a segurança jurídica a partir dos pontos de vistas tradicionais, no sentido de uma total (ou mesmo parcial) previsibilidade do conteúdo futuro das decisões. Devido a sua inerente contingência e mutabilidade, o direito positivo da sociedade moderna somente é capaz de garantir a certeza paradoxal de um incerto tratamento no futuro³⁰⁷. Certeza essa, todavia, associada à própria função desempenhada pelo sistema jurídico, à possibilidade de manutenção futura das expectativas frustradas no presente, e não a simples subordinação presente dessas expectativas às conseqüências que podem (ou não) vir a ser produzidas no futuro.

Garantir a segurança jurídica significa, então, insistir no caráter normativo e contrafático do direito, permitindo, assim, que as normas – no caso, os princípios – possam não aprender com os fatos – fatos políticos e econômicos, por exemplo. O que

³⁰⁶ Luhmann (1990a, p. 239). De acordo com Luhmann: “A orientação pelas conseqüências da ação e, com isso, a orientação a um futuro ainda incerto, é uma característica dominante da sociedade moderna. Isso traz inseguranças e converte em tema central da segurança também a segurança jurídica, como problema e como valor. A isso se referem os esforços de conhecimento, apresentação e organização do sistema jurídico diferenciado. O cidadão tem que prever as decisões do sistema jurídico. Precisamente por isso, as decisões não podem basear-se, por sua vez, tão somente na previsão de suas próprias conseqüências. Isso obrigaria o cidadão a prever as previsões” (Luhmann, 1983a, p. 68).

³⁰⁷ “Através da combinação entre a modificabilidade do código e a labilidade dos programas (normas constitucionais, leis ordinárias, sentenças, contratos...), a produção da contingência se realiza de maneira invariante, tornando possível a decidibilidade das questões jurídicas, isto é, o prosseguimento da *autopoiesis* do sistema. A idéia da contingência afasta o dogma da chamada “segurança jurídica”. Existe certeza de que haverá um direito (ao menos enquanto a sociedade não estabilize um equivalente funcional), e incerteza a respeito do conteúdo deste” (Nicola, 1997, p. 238).

também significa: evitar uma orientação das decisões pelas suas conseqüências externas, tendo em vista, nas palavras do próprio Luhmann, “levar os direitos (ou a função do direito) a sério”³⁰⁸.

Quando se propõe que é função da jurisdição contribuir diretamente para a governabilidade e para o crescimento econômico, deve-se levar em conta que esses “benefícios” só podem ser obtidos (se é que podem ser obtidos) sob o “custo” de uma diminuição substancial na própria segurança jurídica. Se, como afirma Luhmann, “nenhum subsistema funcional está em condições de resolver os problemas centrais de outro subsistema”³⁰⁹, talvez fosse o caso de admitir a dificuldade (ou mesmo impossibilidade) de realizar juridicamente objetivos de natureza política e econômica e de admitir, sobretudo, que governabilidade democrática e estabilidade da economia pressupõem, necessariamente, o funcionamento de um sistema jurídico autônomo e diferenciado, capaz de generalizar e estabilizar expectativas normativas de conduta, e não simplesmente produzir conseqüências supostamente benéficas para a sociedade como um todo³¹⁰.

Diante de todas essas considerações, parece pouco provável, então, que uma prática jurídica fundada na identidade entre princípios, valores e fins seja capaz de contribuir para a manutenção da consistência no tratamento dos casos devido à dificuldade em adotar decisões consistentes com base em valores morais (particulares, e

³⁰⁸ “No contexto alemão da discussão acerca da responsabilidade e capacidade de previsão das decisões jurídicas, minha posição é um tanto quanto extrema – senão no lado certo [*right side*], então no lado do “levando os direitos a sério” [*taking rights seriously*]” (Luhmann, 1990a, p. 242-243).

³⁰⁹ Luhmann (1990a, p. 236).

³¹⁰ Sobre a importância do direito positivo para a “governabilidade democrática”, entendida como a capacidade do sistema político de controlar a sua instabilidade através do incremento da sua própria complexidade, cf. De Giorgi (1998, p. 35-64). Sobre a maior facilidade do sistema econômico de operar em um nível global se comparado aos sistemas político e jurídico, cujas principais organizações ainda estão muito presas a limites territoriais, o que talvez sirva como um fator de explicação da considerável instabilidade do próprio sistema financeiro mundial, cf. Campilongo (2000, p. 115-135). Sobre a impossibilidade de transposição da ótica econômica ao sistema jurídico, algo bastante defendido pela chamada escola da análise econômica do direito, cf. Luhmann (1993b, p. 225). Para uma crítica à “visão econômica do direito”, cf. Dworkin (2005, p. 351-434).

nunca universais) e em finalidades pragmáticas (projetadas, mas sempre imprevisíveis). Não obstante argumentos morais e consequencialistas, conforme demonstrado, tenham a sua importância, argumentos moralistas, que associam diretamente direito e moral, e argumentos pragmáticos, imediatamente ligados às consequências externas da decisão, podem representar um risco para a própria diferenciação funcional do sistema jurídico.

Estratégias autoritárias e pragmáticas de desparadoxização são inadequadas quando confrontadas com a amoralidade e a contrafaticidade que caracterizam o direito moderno. São, todavia, estratégias bastante comuns e que têm sido utilizados com frequência na jurisdição constitucional brasileira, especialmente na aplicação do princípio da proporcionalidade, conforme será visto nos tópicos seguintes.

2.2. A proporcionalidade na jurisdição constitucional: princípio dos princípios?

Na teoria do direito e, em especial, no direito constitucional, o princípio da proporcionalidade ganhou destaque principalmente a partir das reflexões de Robert Alexy sobre a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão, em que o princípio é utilizado, mais ou menos desde a metade do século XX, como um critério ou método de solução de colisões entre direitos fundamentais ou entre esses direitos e os chamados bens jurídicos da comunidade³¹¹. Trata-se de uma concepção bastante

³¹¹ Alexy (1988). O princípio da proporcionalidade é originário do direito administrativo, em que foi primeiramente reconhecido como forma de impor condicionamentos ao exercício do poder de polícia pelo Estado, tendo em vista combater medidas administrativas consideradas excessivamente onerosas e desproporcionais. Após a segunda guerra mundial, ele passou a ser utilizado, principalmente na Alemanha, no campo do direito constitucional, especialmente em matéria de controle de constitucionalidade e solução de colisões entre direitos fundamentais. Sobre o surgimento, caracterização e conformação atual do princípio da proporcionalidade, cf. Bonavides (2002, p. 256-

influyente na literatura jurídico-constitucional brasileira e que tem encontrado reflexo em algumas decisões recentes do Supremo Tribunal Federal.

De acordo com Alexy, os direitos fundamentais, entendidos a partir de uma compreensão principiológica, representam comandos ou mandados de otimização que “ordenam que se realize algo na maior medida possível, tendo em vista as possibilidades jurídicas e fáticas”³¹². Esses direitos (ou princípios) são equivalentes a valores³¹³. Quando entram em conflito, devem ser ponderados proporcionalmente de modo a que a decisão final dê prioridade ao valor de maior peso diante das circunstâncias específicas do caso³¹⁴.

No Brasil, a proporcionalidade é geralmente definida como um princípio constitucional implícito, derivado tanto do princípio da legalidade (art. 5º, II, da Constituição³¹⁵), sob o rótulo de “reserva legal proporcional”, como do princípio do devido processo legal (art. 5º, LIV, da Constituição³¹⁶), entendido de maneira “substantiva”. Também é comum, no contexto brasileiro, a utilização das expressões “proibição de excessos” e “razoabilidade” como sinônimos de proporcionalidade³¹⁷.

397). Para alguns exemplos da utilização do princípio proporcionalidade pelo Tribunal Constitucional Federal alemão, cf. Alexy (2003).

³¹² Alexy (1988, p. 143).

³¹³ Alexy (1988, p. 145).

³¹⁴ Alexy (1988, p. 147-148).

³¹⁵ “Art. 5º (...): II – ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

³¹⁶ “Art. 5º (...): LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

³¹⁷ De acordo com Paulo Bonavides: “O princípio da proporcionalidade é, por conseguinte, direito positivo em nosso ordenamento constitucional. Embora não haja ainda sido formulado como “norma jurídica global”, flui do espírito que anima em toda sua extensão e profundidade o § 2º do art. 5º, o qual abrange a parte não-escrita ou não expressa dos direitos e garantias da Constituição, a saber, aqueles direitos e garantias cujo fundamento decorre da natureza do regime, da essência impostergável do Estado de Direito e dos princípios que este consagra e que fazem inviolável a unidade da Constituição” (Bonavides, 2002, p. 396). Sobre a configuração do princípio da proporcionalidade na ordem constitucional brasileira e a sua utilização na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, cf. Mendes (2004, p. 46-72) e Barros (2003, p. 91-130).

Se, para alguns juristas, o princípio da proporcionalidade constitui o “fundamento de um novo Estado de Direito”³¹⁸ ou uma “idéia jurídica fundante da constituição”³¹⁹, para um observador de segunda ordem, ele representa apenas uma forma de se ocultar o paradoxo, uma estratégia, entre tantas outras, de desparadoxização.

O paradoxo da indecidibilidade aparece aqui na forma de um conflito ou colisão entre princípios. Quando dois princípios supostamente entram em conflito, o paradoxo, ocultado pela própria distinção entre princípios e regras, reaparece. Como é possível decidir um caso em relação ao qual, além de não haver uma regra clara, existem dois ou mais princípios aparentemente contraditórios e simultaneamente aplicáveis? Uma saída pode ser apelar para a dignidade da pessoa humana, o que não é, todavia, muito produtivo (ou criativo), pois duas pessoas igualmente dignas podem postular direitos fundamentais opostos – por exemplo, intimidade e liberdade de expressão. Afinal de contas, todas as pessoas são seres humanos e, como tais, dignas o suficiente para desfrutarem do direito humano de serem tratadas com dignidade.

Uma solução menos vazia pode ser dada, no entanto, pelo recurso à fórmula tautológica de um “princípio dos princípios”, isto é, um princípio supostamente capaz de resolver conflitos entre princípios, o que também não deixa ser paradoxal, pois o “princípio dos princípios” é, ele mesmo, um princípio, que pode, portanto, entrar em conflito com outros princípios – o paradoxo, como não poderia deixar de ser, sempre reaparece.

Na jurisdição constitucional brasileira, especialmente no Supremo Tribunal Federal, é comum que esse “princípio dos princípios” seja identificado com as idéias de

³¹⁸ Bonavides (2002, p. 362-366).

³¹⁹ Barros (2003, p. 93-100).

proporcionalidade ou razoabilidade. Mais do que um princípio qualquer, a proporcionalidade constitui um critério ou método de ponderação, balanceamento, sopesamento de princípios constitucionais que entram em conflito.

De acordo com algumas descrições teóricas e dogmáticas, os direitos fundamentais – e, portanto, os princípios constitucionais – podem sempre sofrer limitações ou restrições – algumas delas, inclusive, iminentes –, desde de que preservados os seus respectivos “núcleos essenciais”. A proporcionalidade serviria, então, para estabelecer os limites dessas restrições, funcionando, assim, como uma espécie de “limite dos limites”³²⁰.

Como “forma de observação” dos princípios constitucionais em geral, a proporcionalidade serve para distinguir o que é proporcional do que é desproporcional. Contudo, até que ponto é proporcional observar as colisões entre princípios ou as restrições aos direitos fundamentais a partir da distinção proporcional/desproporcional? A proporcionalidade, obviamente, não é capaz de garantir, por si só, a sua própria proporcionalidade. Ela mesma requer outras distinções, isto é, outros princípios ou subprincípios. No caso, os subprincípios da adequação, da necessidade e, novamente, da proporcionalidade, só que agora em sentido estrito, e não mais em sentido amplo. Essas três “subdistinções”, todavia, assim como a própria distinção inicial proporcional/desproporcional, apenas projetam o paradoxo para o futuro, pois somente diante de uma situação concreta é que é possível definir, de maneira conclusiva, o que é adequado e o que é inadequado, o que é necessário e o que é desnecessário e o que é proporcional em sentido estrito e o que é desproporcional em sentido estrito.

³²⁰ As análises daqui por diante tomam como base o princípio da proporcionalidade tal como delineado em Mendes (2004) e Barros (2003).

Em geral, a proporcionalidade é utilizada como uma medida capaz de resolver um conflito entre princípios ao indicar a prevalência do princípio de maior peso. Um artifício que esconde o paradoxo que está por trás desse conflito, pois nenhum princípio, por si só, é necessariamente ou naturalmente mais importante do que outro. A importância é dada apenas pelo observador, que insere uma “assimetria proporcional” na colisão, tendo em vista ocultar o paradoxo e permitir a construção de uma decisão para o caso – pois, de uma forma ou de outra, o caso tem que ser decidido.

Não há, entretanto, nada de natural ou necessário na proporcionalidade. Ela não constitui, necessariamente, um “fundamento do Estado de Direito” ou uma “idéia jurídica fundante” que pode ser, naturalmente, extraída da constituição. O Estado de Direito e a constituição estão fundados apenas em si mesmos. Eles não são, por assim dizer, proporcionais por natureza.

Ao ser aplicada como princípio dos princípios, a proporcionalidade se assemelha bastante a uma fórmula de contingência. Uma espécie de reflexo da exigência de justiça no caso concreto. Contudo, trata-se apenas de uma estratégia de desparadoxização artificial e contingente. Uma fórmula de contingência entre muitas outras possíveis³²¹.

Além de não ser a única resposta correta para os “casos difíceis de colisão”, a proporcionalidade constitui uma fórmula bastante ambígua, problemática e arriscada, na medida em que reflete uma concepção axiológica e teleológica dos princípios constitucionais.

³²¹ Outras fórmulas de contingência podem ser encontradas, por exemplo, na idéia de integridade desenvolvida por Ronald Dworkin ou no conceito normativo de coerência proposto por Klaus Günther. Cf. Dworkin (2003) e Günther (1995).

De um lado, ela identifica os demais princípios com valores que devem ser sopesados proporcionalmente – ou, em outras palavras, “otimizados juridicamente” – em caso de colisão. A questão da prioridade entre princípios é transformada, portanto, em um problema de hierarquia entre valores. Problema esse cuja solução requer uma argumentação de fundo moral, o que dá origem ao risco de uma fundamentação autoritária das decisões³²².

De outro lado, a verificação da adequação e da necessidade entre meios e fins exigida pela proporcionalidade abre espaço para uma avaliação pragmática das possibilidades fáticas do cumprimento de um determinado princípio constitucional. Prognoses empíricas são, assim, formuladas para justificar um cálculo sobre as conseqüências externas que podem ser produzidas a partir de uma decisão específica, o que gera o risco de subordinação da normatividade abstrata dos princípios à faticidade concreta das eventuais possibilidades políticas e econômicas de sua realização³²³.

³²² De acordo com Luhmann: “Uma avaliação dos valores de acordo com uma hierarquia estável e intrínseca é impossível (...). Quem pode reivindicar, de forma incondicional e universal, que a cultura é melhor do que a higiene, ou a liberdade melhor do que a paz? Se uma ordenação de valores está para cruzar o limiar mais baixo de uma complexidade mínima, ela deve se tornar oportunista. Deve pressupor a possibilidade de variação na ordem de valores de acordo com quais ações são possíveis e urgentes e de acordo com a intensidade com a qual os diversos valores têm sido realizados” (Luhmann, 1982a, p. 97-98).

³²³ Como pode um juiz “maximizar” ou “otimizar” as possibilidades fáticas de realização de um determinado princípio? Cláusulas como “reserva do possível” ou “reserva do financeiramente possível” ignoram a distinção entre normas e fatos que é de extrema importância para a manutenção do fechamento operacional do sistema. A partir do momento em que a eficácia das normas passa a depender das possibilidades fáticas de seu cumprimento, o caráter contrafático das expectativas normativas que devem ser generalizadas e estabilizadas pelo direito é, em certa medida, corrompido. Passa-se a exigir, assim, que as normas aprendam com os fatos – por exemplo, com as finanças públicas. Em relação à questão da chamada judicialização dos direitos sociais, o problema consiste, na verdade, em uma confusão dos limites entre direito e política. Um juiz não é capaz de implementar, por si só, as políticas públicas necessárias à plena realização dos direitos sociais. Não se trata aqui de definir o que é financeiramente possível, mas sim de admitir os limites do próprio Poder Judiciário na judicialização desses direitos. Obviamente, diante de um caso concreto, o juiz pode adotar as medidas necessárias para garantir que um direito social não seja violado ou que uma determinada política não contrarie as normas previstas em lei ou na constituição. Todavia, é pouco provável que decisões judiciais isoladas sejam capazes de garantir a efetividade dos direitos sociais da população como um todo. Sobre os limites da atuação do judiciário em matéria de políticas públicas, cf. Campilongo (2002).

Esses riscos sugerem, então, que, em muitos casos, os métodos “racionais”, “proporcionais” e “razoáveis” utilizados pelos tribunais – no caso, pelo Supremo Tribunal Federal – podem servir apenas para ocultar, de forma autoritária e pragmática, aquilo que se considera “moralmente bom”, “economicamente vantajoso” e “conveniente e oportuno do ponto de vista político”³²⁴.

A própria consistência no tratamento dos casos se converte em um problema devido à dificuldade de se avaliar o caráter supostamente ponderado de uma determinada decisão com base no peso dos valores envolvidos ou nas possibilidades fáticas do cumprimento de um princípio específico. O juiz não possui uma balança moral para poder medir o que é moralmente bom ou mau para os outros, assim como não dispõe de uma bola de cristal que lhe permita adivinhar com segurança quais meios comprovar-se-ão efetivamente adequados e necessários no futuro³²⁵.

Uma observação de segunda ordem sobre alguns casos julgados pelo Supremo Tribunal Federal, conforme proposto a seguir, pode ser útil, portanto, para

³²⁴ De acordo com Luhmann: “Uma cultura jurídica de argumentação que produz um alto grau de variedade, que enfatiza a natureza individual de cada caso e se contenta com fórmulas vagas e genéricas como “proporcionalidade” ou “balanceamento de interesses” tende a abrir o sistema jurídico a uma adaptação a sistemas rígidos do ambiente, como organizações de larga cuja forma é moldada pela tecnologia e pelos investimentos de capital. Ao contrário, um sistema jurídico rígido e mais redundante possui uma maior capacidade de se manter independente das conseqüências sociais, ligadas a sistemas mais elásticos presentes no seu ambiente, e de adaptar meios de comunicação bastante elásticos como dinheiro e poder político aos seus próprios fins” (Luhmann, 1989, p. 144).

³²⁵ A ponderação de interesses, bens e valores é um alvo constante das críticas de Luhmann nas suas obras dedicadas ao direito. No livro “Sistema jurídico e dogmática jurídica”, por exemplo, Luhmann tece várias críticas à orientação pelas conseqüências exigida pelas regras de ponderação e à inexistência de critérios dogmáticos adequados ao controle e avaliação dos efeitos de uma decisão supostamente ponderada. Cf. Luhmann (1983a, p. 61-68). No seu último livro dedicado ao direito, intitulado “O direito da sociedade”, várias são as passagens em que são feitos comentários críticos, muitos deles bastante irônicos, acerca dos métodos de ponderação e da jurisprudência dos valores do Tribunal Constitucional Federal alemão. Cf. Luhmann (1993b, p. 164-166, 199, 265, 283-284, 346 e 390-391). A jurisprudência dos valores do TFC alemão também é criticada por Jürgen Habermas devido ao que ele chama de “autocompreensão metodológica falsa do controle de constitucionalidade”. Cf. Habermas (1997, p. 314-330). Para uma crítica à transposição da jurisprudência dos valores típica do TFC alemão ao Supremo Tribunal Federal brasileiro, cf. Coura (2004).

desnaturalizar o autoritarismo e o pragmatismo do tribunal, ocultados, em geral, com o auxílio da fórmula “racional” e “objetiva” da proporcionalidade³²⁶.

A partir de uma observação das suas observações, talvez seja possível ver como o STF não vê que não vê aquilo que ele não vê. Isto é, que os princípios não são necessariamente valores ou fins sujeitos à ponderação, e que, por trás da proporcionalidade, não há um fundamento ou fundação natural do Estado de Direito e da constituição, mas apenas um paradoxo. Um paradoxo bastante criativo, que tem sido utilizado, porém, de forma inadequada através de estratégias autoritárias e pragmáticas de desparadoxização.

2.3. Observando algumas decisões do Supremo Tribunal Federal

A seguir, serão analisados três casos bastante emblemáticos julgados pelo Supremo Tribunal Federal. O objetivo principal não será criticar necessariamente o resultado final dos julgamentos, mas sim observar como o tribunal, na fundamentação das suas decisões, pode ocultar o seu autoritarismo e o seu pragmatismo através de argumentos supostamente “proporcionais”, “razoáveis” e “ponderados”.

³²⁶ De acordo com Suzana Toledo de Barros: “Quando o intérprete pondera bens em caso de conflito entre direitos fundamentais, ele estabelece uma precedência de um sobre o outro, isto é, atribui um peso maior a um deles. Se se pode estabelecer uma fundamentação para esse resultado, elimina-se o irracionalismo subjetivo e passa-se para o racionalismo objetivo” (Barros, 2003, p. 174).

2.3.1. O caso do apagão: “vamos ficar sem luz”

Em junho de 2001, o Supremo Tribunal Federal julgou uma das primeiras ações declaratórias de constitucionalidade (ADC nº 9), instrumento de controle concentrado previsto no art. 102, § 2º, da Constituição³²⁷ e regulado pela Lei nº 9.868/1999³²⁸.

O governo federal editou, em 22 de maio de 2001, a Medida Provisória nº 2.148-1, sucessivamente reeditada, com o objetivo de estabelecer medidas para o enfrentamento da crise no fornecimento de energia elétrica que assolava o país, também conhecida como crise do “apagão”.

A MP criou a Câmara de Gestão da Crise de Energia Elétrica – CGE³²⁹ e o Programa Emergencial de Redução do Consumo de Energia Elétrica³³⁰, introduzindo diversas regras para reduzir o consumo interno de energia – regras essas bastante criticadas por terem suspendido alguns direitos e garantias dos consumidores na relação com as empresas concessionárias³³¹. As principais medidas e também as mais polêmicas

³²⁷ “Art. 102. (...) § 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo”. Esse dispositivo foi inserido pela Emenda Constitucional nº 3/1993.

³²⁸ Para uma defesa da inconstitucionalidade da Lei nº 9.868/1999, tendo em vista principalmente a sua incompatibilidade com a tradição constitucional brasileira e com os pressupostos de um Estado Democrático de Direito, cf. Carvalho Netto (2001).

³²⁹ De acordo com art. 1º da MP: “Fica criada e instalada a Câmara de Gestão da Crise de Energia Elétrica - GCE com o objetivo de propor e implementar medidas de natureza emergencial decorrentes da atual situação hidrológica crítica para compatibilizar a demanda e a oferta de energia elétrica, de forma a evitar interrupções intempestivas ou imprevistas do suprimento de energia elétrica”.

³³⁰ De acordo com art. 5º da MP: “O Programa Emergencial de Redução do Consumo de Energia Elétrica tem por objetivo compatibilizar a demanda de energia com a oferta, de forma a evitar interrupções intempestivas ou imprevistas do suprimento de energia”.

³³¹ O art. 25 da MP nº 2.148-1 previa expressamente a suspensão de dispositivos do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990): “Art. 25. Não se aplica a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, em especial os seus arts. 12, 14, 22 e 42, às situações decorrentes ou à execução do disposto nesta Medida Provisória e das normas e decisões da GCE”. Em sua primeira reedição (MP nº 2.152-2), o dispositivo foi alterado para que a suspensão das normas do CDC ficasse, de certa forma, implícita: “Art. 25. Às

foram as seguintes: (i) fixação de metas de consumo específicas para cada classe de usuário (residencial, comercial, etc.), (ii) previsão de cobrança de uma sobretarifa ou tarifa especial para os usuários que não cumprissem as metas respectivas e (iii) previsão de suspensão temporária no fornecimento de energia elétrica para os casos de descumprimento reiterado das metas.

Para evitar o questionamento judicial das medidas e a correspondente instauração de uma suposta situação de insegurança jurídica, o Presidente da República, representado pelo Advogado-Geral da União – na época, o atual Ministro do STF Gilmar Ferreira Mendes – propôs uma ação declaratória de constitucionalidade junto ao Supremo Tribunal Federal, com pedido de concessão de medida cautelar.

Em 28 de junho de 2001, o STF deferiu, por maioria de votos, a medida cautelar requerida³³². Em 13 de dezembro de 2001, a cautelar foi confirmada, e a ação, julgada procedente, também por maioria de votos³³³. De acordo com a ementa do Acórdão:

ACÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA PROVISÓRIA nº 2.152-2, DE 1º DE JUNHO DE 2001, E POSTERIORES REEDIÇÕES. ARTIGOS 14 A 18. GESTÃO DA CRISE DE ENERGIA ELÉTRICA. FIXAÇÃO DE METAS DE CONSUMO E DE UM REGIME ESPECIAL DE TARIFAÇÃO. 1. O valor arrecadado como tarifa especial ou sobretarifa imposta ao consumo de energia elétrica acima das metas estabelecidas pela Medida Provisória em exame será utilizado para custear despesas adicionais, decorrentes da implementação do próprio plano de racionamento, além de beneficiar os consumidores mais poupadores, que serão merecedores de bônus. Este acréscimo não descaracteriza a tarifa como tal, tratando-se de um mecanismo que permite a continuidade da prestação do serviço, com a captação de recursos que têm como destinatários os fornecedores/concessionários do serviço.
Implementação, em momento de escassez da oferta de serviço, de

relações decorrentes desta Medida Provisória entre pessoas jurídicas ou consumidores não-residenciais e concessionárias aplicam-se as disposições do Código Civil e do Código de Processo Civil”.

³³² Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, ADC-MC nº 9-6/DF, Rel. Min. Néri da Silveira, Data de Julgamento: 28/06/2001, DJU de 23/04/2004.

³³³ Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, ADC nº 9-6/DF, Rel. Min. Néri da Silveira, Redator para o Acórdão Min. Ellen Gracie, Data de Julgamento: 13/12/2001, DJU de 23/04/2004.

política tarifária, por meio de regras com força de lei, conforme previsto no artigo 175, III da Constituição Federal. 2. Atendimento aos **princípios da proporcionalidade e da razoabilidade**, tendo em vista a **preocupação com os direitos dos consumidores em geral**, na adoção de medidas que permitam que todos continuem a utilizar-se, moderadamente, de uma **energia que se apresenta incontestavelmente escassa**. 3. Reconhecimento da necessidade de imposição de medidas como a suspensão do fornecimento de energia elétrica aos consumidores que se mostrarem insensíveis à necessidade do exercício da **solidariedade social mínima**, assegurada a notificação prévia (art. 14, § 4º, II) e a **apreciação de casos excepcionais** (art. 15, § 5º). 4. Ação declaratória de constitucionalidade cujo pedido se julga procedente [sem grifo no original].

Uma análise dos principais argumentos utilizados por cada um dos Ministros, especialmente no julgamento do pedido cautelar, é útil para demonstrar como o princípio da proporcionalidade ou razoabilidade foi aplicado não tanto para justificar juridicamente a constitucionalidade de dispositivos da medida provisória, mas sim para confirmar a adequação política das providências adotadas, consideradas necessárias diante da situação de escassez econômica no fornecimento de energia.

As principais alegações da inicial da ADC podem ser assim resumidas: (i) a existência de controvérsia jurídica relevante justificava a manifestação do STF para garantir a segurança jurídica na aplicação da MP³³⁴, (ii) a sobretarifa ou tarifa especial constituía um mecanismo de política tarifária, não possuindo, assim, natureza jurídica tributária, pois não se destinava aos cofres públicos, mas sim às próprias empresas concessionárias, servindo para remunerar os custos operacionais com a aplicação das

³³⁴ Para uma lista das decisões judiciais que haviam deixado de aplicar determinados dispositivos da medida provisória por considerá-los inconstitucionais, cf. Supremo Tribunal Federal, ADC-MC nº 9-6/DF, fls. 59-60 e 73-74. O Estado de Minas Gerais chegou, inclusive, a notificar extrajudicialmente a União para informar que não iria cumprir a MP com base em um parecer da sua Procuradoria-Geral, que concluiu pela inconstitucionalidade das medidas adotadas. Cf. Supremo Tribunal Federal, ADC-MC nº 9-6/DF, fl. 61.

novas regras, e (iii) a restrição a determinados direitos do consumidor encontrava fundamento no princípio da proporcionalidade³³⁵.

Essa última alegação deve ser analisada com maior profundidade. De acordo com a inicial da ADC, os dispositivos constitucionais relativos à proteção e defesa do consumidor (arts. 5º, XXXII, e 170, V, da Constituição³³⁶):

(...) consubstanciam verdadeiras **garantias institucionais**, isto é, cláusulas que conferem ao legislador ampla autorização para conformação de institutos jurídicos. Assim, **o que as cláusulas constitucionais instituem não é um específico modelo jurídico de proteção ao consumidor, mas antes e tão somente um dever de editar norma que contemple as relações de consumo**. Com isso, quer-se significar que compete à legislação infraconstitucional estabelecer a concreta disciplina jurídica das relações de consumo, uma vez que o texto constitucional não adotou modelo particular algum. Ao afirmar que o Estado reconhecerá como princípio e promoverá a defesa do consumidor, já estaria o texto constitucional a determinar a edição de normas infraconstitucionais que ofereceriam exatamente uma proteção. Nada obstante (e para eliminar quaisquer dúvidas que ainda houvesse sobre a matéria), assentou a Carta Magna **evidente reserva legal** a que submetida tal cláusula por meio do emprego, no inciso XXXII do art. 5º da Constituição Federal, da clássica expressão ‘na forma da lei’. (...) **parece evidente, destarte, que a previsão constitucional de defesa do consumidor encontra-se sujeita – e mesmo exige – disciplina infraconstitucional que defina seus conteúdos concretos e limites efetivos, afigurando-se absolutamente despicienda a tentativa de conferir-lhe caráter absoluto** [sem grifo no original]³³⁷.

O argumento foi, portanto, o de que a proteção do consumidor constitui uma “garantia institucional”, não possuindo, assim, “caráter absoluto” – não obstante a previsão constitucional de aplicabilidade direta e imediata dos direitos fundamentais,

³³⁵ O pedido principal da ação consistia em: “(a) sustar a prolação de qualquer decisão, cautelar, liminar ou de mérito e a concessão de tutelas antecipadas, que impeça ou afaste a eficácia dos arts. 14, 15, 16, 17 e 18 da Medida Provisória nº 2.152-2, de 1º de junho de 2001; (b) suspender, com eficácia ex tunc, os efeitos de quaisquer decisões, cautelares, liminares ou de mérito e a concessão de tutelas antecipadas, que tenham afastado a aplicação dos preceitos da citada Medida Provisória” (Supremo Tribunal Federal, ADC-MC nº 9-6/DF, fl. 72).

³³⁶ “Art. 5º (...). XXXII – o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”. “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) V – defesa do consumidor”.

³³⁷ Supremo Tribunal Federal, ADC-MC nº 9-6/DF, fl. 69.

inclusive os implícitos (art. 5º, §§ 1º e 2º, da Constituição). Aqui parece ter sido utilizada uma distinção entre direito fundamental e garantia institucional para justificar a “liberdade do legislador” – na verdade, do Presidente, pois se tratava de uma medida provisória – na “conformação dos institutos jurídicos” relativos à defesa do consumidor. Pode-se indagar, contudo, qual direito fundamental não pressupõe a “liberdade de conformação do legislador” na edição de leis que regulamentem as políticas públicas necessárias a sua implementação efetiva? Qual o “modelo jurídico específico” adotado pela constituição para proteger, por exemplo, a igualdade e a liberdade? Igualdade e liberdade não pressupõem, ao menos no plano econômico, a defesa do consumidor, isto é, da parte hiposuficiente, cuja liberdade de escolha deve ser garantida contra as práticas abusivas do mercado?

Para justificar principalmente a possibilidade de suspensão temporária no fornecimento de energia, talvez o ponto mais polêmico da medida provisória, o princípio da proporcionalidade foi utilizado, na inicial da ADC, como um parâmetro para a ponderação dos direitos do consumidor:

(...) deve-se observar o que se contrapõe à opção de promover a suspensão no fornecimento de energia elétrica: o **colapso do sistema**. Desta maneira, um **exame de ponderação** exige que se perceba se o grau de **restrição a um direito fundamental** (suspensão no fornecimento) e a realização do que se contrapõe a esta restrição (o colapso do sistema). **Evidentemente, e não pode haver qualquer dúvida quanto a isso, o corte é menos gravoso que o colapso no sistema**. O procedimento da ponderação, como **análise da eficiência que se quer buscar com determinada medida**, impõe que se aplique a **relação custo/benefício**. A suspensão do fornecimento é meio bem mais eficaz que a posta no colapso do sistema, porque aqui se confrontam, como já foi demonstrado, o fornecimento de um bem de modo inadequado e o seu não fornecimento, seja pela sua inexistência, seja pela sua **grande escassez** [sem grifo no original]³³⁸.

³³⁸ Supremo Tribunal Federal, ADC-MC nº 9-6/DF, fl. 71.

A partir de um método de ponderação, a proteção do consumidor parece cruzar, aqui, a distinção garantia institucional/direito fundamental. Como garantia institucional, é “absolutamente despiciendo” conferir-lhe “caráter absoluto”, devido à “ampla liberdade do legislador” (ou do Presidente) para “conformar institutos jurídicos”. Já como direito fundamental, é “evidente” – não podendo, inclusive, “haver qualquer dúvida quanto a isso” – que, diante da escassez da energia, a proporcionalidade exigia uma restrição, tendo em vista evitar o “colapso no sistema”, obviamente muito mais “gravoso”.

Esses argumentos foram, de certo modo, replicados no voto da maioria dos Ministros do tribunal no julgamento do pedido cautelar, com exceção dos Ministros Néri da Silveira e Marco Aurélio, que ficaram vencidos.

No seu voto, o Ministro Néri da Silveira, relator do processo, considerou que a sobretarifa não constituía uma tarifa propriamente dita – já que não guardava pertinência nem destinação com a prestação do serviço –, mas, no máximo, um tributo novo ou uma sanção pecuniária por descumprimento de determinação administrativa. Logo, segundo ele, ela era inconstitucional, pois não poderia ser instituída por medida provisória³³⁹.

Além disso, o Ministro julgou inconstitucional a possibilidade de suspensão no fornecimento de energia, com base nos princípios da proteção do consumidor, isonomia, continuidade dos serviços públicos essenciais e defesa dos direitos dos usuários dos serviços concedidos:

(...) não há, destarte, espaço a invocar-se, no sistema do art. 5º, XXXII, combinado com o art. 170, V, bem assim com o art.175, II e IV, todos da Constituição, legitimidade constitucional para a

³³⁹ Supremo Tribunal Federal, ADC-MC nº 9-6/DF, fl. 91.

suspensão do fornecimento de serviço essencial concedido, como o de energia elétrica, àqueles usuários, consumidores finais, e, no caso concreto, tão-só porque, em seu consumo mensal de energia elétrica, ultrapassaram o número de Kwh, pré-estabelecido, com base em plano de contingenciamento de gasto, em medida provisória que, assim, se entremostra sem amparo na Constituição e revela evidente caráter punitivo. **Embora se compreendam os propósitos do ilustre autor da Medida Provisória, no sentido de encontrar caminhos que levem à redução de consumo de energia elétrica, em um momento de dificuldade quanto às reservas hidrelétricas, o que tem, de resto, contado com verdadeiro espírito cívico do povo, de compreensão e colaboração, não vejo como constitucionalmente possível estipular, pela causa apontada, suspensão do fornecimento de serviço público a certos consumidores que atendam às tarifas estabelecidas.** Estar-se-ia, ademais, sem causa legítima, estabelecendo discriminação entre consumidores, o que atenta contra o princípio da isonomia [sem grifo no original]³⁴⁰.

Um fato curioso é que o Ministro também citou o princípio da proporcionalidade – princípio esse que serviu de fundamento para a declaração da constitucionalidade da medida provisória – para justificar a inconstitucionalidade de dispositivos da MP:

Ora, na espécie, **parece inequívoca a desproporção, a irrazoabilidade de impor-se autêntica pena pecuniária que pode chegar a 200% do valor da tarifa, a quem, por razões que não se apuram, em certo momento, ultrapassa o limite de consumo de energia elétrica estabelecido.** A ordem constitucional, à vista do art. 5º, LIV e LV, do Diploma maior, não admite tal tratamento do legislador ou da Administração para com o particular [sem grifo no original]³⁴¹.

O voto condutor do julgamento foi o da Ministra Ellen Gracie. Segundo ela, a tarifa especial não constituía um novo tributo, mas apenas um instrumento de política tarifária destinado a garantir a continuidade dos serviços por meio de um ajuste na relação entre oferta e demanda³⁴². Considerando a proporcionalidade das providências adotadas, a Ministra concluiu que, diante de uma situação de evidente escassez no

³⁴⁰ Supremo Tribunal Federal, ADC-MC nº 9-6/DF, fl. 90.

³⁴¹ Supremo Tribunal Federal, ADC-MC nº 9-6/DF, fl. 93.

³⁴² Supremo Tribunal Federal, ADC-MC nº 9-6/DF, fl. 98.

fornecimento de energia, elas representavam, na verdade, uma “preocupação”, e não uma “agressão” aos direitos dos consumidores em geral:

Inocorre agressão, mas, muito ao contrário, há preocupação com os direitos dos consumidores em geral, na adoção de medidas que permitam que todos continuem a utilizar-se moderadamente de uma energia que se apresenta incontestavelmente escassa. (...) Tampouco considero que a suspensão do fornecimento seja medida que caracterize dupla punição. Os pressupostos de aplicação da sobretarifa e do corte de energia são diversos. Aqui, mais uma vez se revela a marcada preocupação que tiveram os redatores da medida, com a redistribuição entre os cidadãos dos ônus decorrentes da situação de carência ora enfrentada. Tudo para que os consumidores com maior poder aquisitivo que poderiam, portanto, manter-se indiferentes ao acréscimo de custo, tenham presente a possibilidade de serem levados, pela via coercitiva, ao exercício da **solidariedade social mínima** e não venham, como lembrou a inicial, a **seguir aquecendo piscinas ociosas, até que falte a energia necessária para que se acenda uma simples lâmpada na casa de um pobre.** Os dispositivos, ademais, asseguram a notificação prévia (art.14, parágrafo 4º, II) e a **apreciação dos casos excepcionais** (art.15, parágrafo 5º), aos quais se dará tratamento individualizado. Já as resoluções regulamentadoras asseguram procedimentos que resguardam o respeito aos princípios do contraditório e da ampla defesa [sem grifo no original]³⁴³.

O Ministro Nelson Jobim dedicou a maior parte do seu voto para demonstrar a “racionalidade” e “proporcionalidade” dos cálculos utilizados no regime especial de tarifação instituído pela MP³⁴⁴. Ao final, ele considerou que as medidas eram indispensáveis para a manutenção do equilíbrio entre a oferta e a demanda de energia, sendo essa a única forma possível de se evitar o “apagão”:

Se não tivermos regras pelas quais possa se adequar a oferta à demanda, o que teremos? Teremos aquilo que é nominado pela linguagem comum de “apagão”. Devemos lembrar que o direito subjetivo, eventual, que possa se ter em relação ao fornecimento de energia elétrica é do que se tem, porque aqui estamos perante o direito a uma prestação e não um direito potestativo. É um direito que se satisfaz por meio de uma prestação e **esta depende da capacidade de oferta. Se a capacidade de oferta reduziu-se, devem-se ajustar os consumidores a esta capacidade de oferta.** Se não tivermos a possibilidade de suspensão no fornecimento, aquele que tem capacidade financeira de se manter acabará pagando os 50% ou os

³⁴³ Supremo Tribunal Federal, ADC-MC nº 9-6/DF, fl. 99.

³⁴⁴ Supremo Tribunal Federal, ADC-MC nº 9-6/DF, fls. 101-107.

200%, porque tem capacidade para fazê-lo, em relação à remuneração dos demais. E, aí, o que vamos ter? **Vamos ter a impossibilidade de manutenção do parâmetro do ajustamento adequado da demanda e teremos cortes gerais de energia. Ora, não é possível se pensar dessa forma** [sem grifo no original]³⁴⁵

O Ministro Maurício Corrêa, após algumas considerações sobre o “caráter inadiável, imediato e intransferível” das medidas adotadas pelo governo federal, essenciais diante da “atual escassez das nossas fontes hidrológicas”, e sobre o “esforço poupador” do tribunal e da “maioria esmagadora” dos seus Ministros, também não vislumbrou qualquer inconstitucionalidade na MP, cujos fins estavam em consonância com a “correta aplicação do princípio da proporcionalidade”³⁴⁶. De acordo com o Ministro, a própria “a compreensão e o apoio do povo brasileiro” demonstravam que as novas regras eram proporcionais:

O povo brasileiro entendeu as providências urgentes que impunham ser tomadas em face da gravidade da situação pela qual passa o País, a respeito da presente crise de energia elétrica, fazendo o seu julgamento sobre a conveniência das providências em caráter de urgência que foram tomadas. Seria o maior absurdo que o STF derrubasse as regras emergenciais ora em implantação quando **o próprio povo já as aprovou.** Assim penso que **a sociedade brasileira já proclamou, na sua alta compreensão, a constitucionalidade das medidas,** se por nada mais, pelo menos explicando-as pela submissão do **princípio da justa proporcionalidade** [sem grifo no original]³⁴⁷.

O Ministro Carlos Velloso julgou que a política tarifária fixada na medida provisória estava de acordo com a constituição, novamente devido à situação crítica de

³⁴⁵ Supremo Tribunal Federal, ADC-MC nº 9-6/DF, fls. 107-108.

³⁴⁶ Supremo Tribunal Federal, ADC-MC nº 9-6/DF, fls. 109-110.

³⁴⁷ Supremo Tribunal Federal, ADC-MC nº 9-6/DF, fl. 110. Questionado pelo Ministro Néri da Silveira, que também admitiu o “esforço da sociedade”, se o papel do STF não seria o de analisar não o apoio popular, mas sim a constitucionalidade da medida provisória diante dos princípios da constituição, o Ministro Maurício Corrêa respondeu: “Agora pergunto: **essa resposta dos consumidores brasileiros não é uma demonstração do cumprimento do princípio da proporcionalidade? Parece-me que sim.** Por isso mesmo, abstraindo-me de qualquer exame no que diz respeito às demais questões relativas à constitucionalidade ou não do diploma legal impugnado, peço vênua ao eminente Relator para acompanhar a divergência já manifestada pela eminente Ministra Ellen Gracie [sem grifo no original]” (Supremo Tribunal Federal, ADC-MC nº 9-6/DF, fl. 111).

escassez de energia e ao correspondente risco de “apagão”³⁴⁸. Segundo ele, a previsão de cortes de energia se justificava por ser uma medida “adotada em proveito da maioria”. Além disso, o “apoio popular” comprovava que as providências não eram “desarrazoadas” ou “desproporcionais”:

No que concerne à possibilidade de **cortes de energia ao consumidor recalcitrante**, também peço licença ao eminente Relator para divergir de S. Exa. Tenho que o Sr. Ministro Jobim demonstrou, à saciedade, a **necessidade da previsão do corte**, mediante norma legal, no **sistema de escassez de energia elétrica**, medida que é adotada em **proveito da maioria que, compreendendo a realidade, colabora e participa do regime de racionamento**. Realmente, **a sociedade brasileira tem compreendido a situação**. Tanto isto é verdade, que os jornais noticiam a redução no consumo de energia elétrica em praticamente todos os Estados-membros, nos limites e circunstâncias estabelecidos, **o que revela que tais disposições, inscritas na medida provisória não são desarrazoadas, não são desproporcionais**. A sociedade brasileira compreende a realidade, que é de **escassez de energia elétrica**, realiza o que essas disposições propõem [sem grifo no original]³⁴⁹.

O Ministro Sepúlveda Pertence mencionou que, por ser um “preço político”, a tarifa poderia ser utilizada com “finalidades extrafiscais”, como, no caso específico, para “desestimular o consumo em crises de escassez”³⁵⁰. De acordo com ele, a proporcionalidade e a razoabilidade também justificavam as regras fixadas pela MP:

Creio que, nos termos em que posta na medida provisória, particularmente o voto do eminente Ministro Nelson Jobim, com a sua intimidade com as matemáticas, demonstrou com grande clareza **a proporcionalidade, a razoabilidade das medidas tomadas, na medida em que estimulam, por um lado, a poupança de energia, à custa daqueles que se excedem nesta utilização**. Se o **problema político** não é o preço da energia, mas é a falta de energia a vender, de nada serviria, porém, esse mecanismo de sobretarifa se não se lhe permitisse, em fase de persistência no abuso, o corte de fornecimento [sem grifo no original]³⁵¹.

³⁴⁸ Supremo Tribunal Federal, ADC-MC nº 9-6/DF, fls. 112-114.

³⁴⁹ Supremo Tribunal Federal, ADC-MC nº 9-6/DF, fls. 114-115.

³⁵⁰ Supremo Tribunal Federal, ADC-MC nº 9-6/DF, fl. 117.

³⁵¹ Supremo Tribunal Federal, ADC-MC nº 9-6/DF, fl. 118.

O Ministro Sydney Sanches, assim como os Ministros Maurício Corrêa e Carlos Velloso, citou a adesão da população ao racionamento como uma forma de “medir” a proporcionalidade e a razoabilidade das novas regras. Adesão essa que poderia ser “desestimulada” caso o STF decidisse, de modo não muito “prudente”, “suspender o plano”, ainda mais em “juízo cautelar”:

A manutenção do serviço adequado, pelas concessionárias (...) só pode ser em razão das circunstâncias, que variam no tempo. E a maior demonstração, de que isso acontece, está ocorrendo no momento: **a grande crise energética de que todos temos notícia**. Penso, também, que **aqui foi observado o princípio da razoabilidade, da proporcionalidade, que se pode medir até em face da reação popular, que foi de adesão ao plano, em face dos altos interesses do País**. Adesão igual no Brasil, só me lembro de ter visto, ao tempo da Guerra, com o racionamento de combustíveis e a adoção do gasogênio, nos automóveis. Penso que **a suspensão do plano até poderia desestimular essa adesão o que não me parece prudente, neste juízo cautelar, sem prejuízo de um exame mais aprofundado da questão, quando do julgamento do mérito. Até lá, é possível que a crise já esteja dissipada. É o que se espera** [sem grifo no original]³⁵².

É importante fazer aqui uma pequena ressalva para esclarecer que o “juízo cautelar” não se destinava a analisar se o plano deveria ou não ser suspenso, mas apenas a avaliar se a medida provisória deveria ou não ser declarada constitucional com eficácia contra todos e efeito vinculante. O indeferimento da medida cautelar não implicava, obviamente, no fim do racionamento, supostamente tão apoiado pela população. A esperança do Ministro de que a crise se dissipasse até o julgamento final do mérito é compreensível quando se leva em consideração que não haveria mais a obrigação de decidir – o paradoxo, pode-se dizer, seria “dissipado pelo fim da crise”.

O último a se manifestar em defesa da constitucionalidade da MP foi o Ministro Moreira Alves. O Ministro argumentou, inicialmente, que, ao contrário da Constituição anterior, a Constituição de 1988 permitia traçar uma distinção entre tarifa

³⁵² Supremo Tribunal Federal, ADC-MC nº 9-6/DF, fls. 121-122.

como preço público, destinada exclusivamente a remunerar os serviços prestados pela concessionária, e tarifa como preço político, que poderia ser utilizada para outras finalidades que não apenas a contraprestação do serviço:

(...) a tarifa tinha uma destinação constitucionalmente específica, e, conseqüentemente, não seria possível, a meu ver, durante a vigência da Constituição de 1969, considerar-se que a sobretarifa poderia ter uma destinação diferente da tarifa. Esse panorama mudou completamente até, sob certo aspecto, na **ordem da colocação dos incisos**, porque, hoje, o art. 175, parágrafo único, quando diz que “A lei disporá”, alude, primeiro, aos “direitos dos usuários”; em seguida à “política tarifária”; para, depois, então, referir-se à “obrigação de manter serviço adequado”. Anteriormente, falava-se, primeiro, na “obrigação de manter serviço adequado”; depois, nas tarifas; e, finalmente, na fiscalização necessária para a atualização dessas mesmas tarifas. Daí, Sr. Presidente, **hoje não haver dúvida de que a tarifa é um preço público de natureza política, inclusive, o que me permite, hoje, considerar que a tarifa possa ter – eu não digo efeitos extrafiscais, porque tarifa nada tem que ver com o fisco – efeitos que extravasam aquilo que é normal do preço público, que é justamente a contraprestação do dinheiro em relação ao serviço ou à mercadoria que é prestada** [sem grifo no original]³⁵³.

Após essa curiosa distinção desparadoxante – justificada, em certa medida, a partir da própria “ordem de colocação dos incisos” –, o Ministro Moreira Alves, em conformidade com a maioria do tribunal, considerou que as medidas adotadas pelo

³⁵³ Supremo Tribunal Federal, ADC-MC nº 9-6/DF, fls. 123-124. O Ministro Moreira Alves achou necessário dar essas explicações porque, em 1990, o STF, em processo do qual foi relator e autor do voto que definiu o julgamento (RE nº 117.315/RS), julgou inconstitucional a cobrança de sobretarifa na prestação de serviços de telecomunicações destinada ao Fundo Nacional de Telecomunicações, por considerá-la um imposto disfarçado de tarifa. Esse precedente foi citado, no caso, pelo Ministro Néri da Silveira para defender a inconstitucionalidade do regime especial de tarifação instituído pela medida provisória. Maiores informações sobre o precedente estão disponíveis para consulta no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal (www.stf.gov.br). Com a Constituição de 1988, o Ministro Moreira Alves considerou, então, possível a utilização da tarifa para outras finalidades que não exclusivamente a remuneração da concessionária. Vale a pena transcrever os dispositivos das Constituições de 1967 e de 1998 comparados pelo Ministro. De acordo com o art. 160 da Constituição de 1967: “Art. 160. A lei disporá sobre o regime das empresas concessionárias de serviços públicos federais, estaduais e municipais, estabelecendo: I - obrigação de manter serviço adequado; II - tarifas que permitam a justa remuneração do capital, o melhoramento e a expansão dos serviços e assegurem o equilíbrio econômico e financeiro do contrato; III - fiscalização permanente e revisão periódica das tarifas, ainda que estipuladas em contrato anterior”. De acordo com o art.175 da Constituição de 1988: “Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos. Parágrafo único. A lei disporá sobre: I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão; II - os direitos dos usuários; III - política tarifária; IV - a obrigação de manter serviço adequado”.

governo atendiam ao princípio da proporcionalidade. O próprio corte no fornecimento de luz era possível, segundo ele, por não se tratar de um serviço essencial, remunerado por meio de taxa, mas sim de um serviço não essencial, remunerado por meio de tarifa – novamente é utilizada uma distinção, agora entre serviços essenciais/não essenciais:

(...) considero que esse princípio, até pela sua própria expressão, tem que levar em conta as circunstâncias. Estamos aqui diante de uma **emergência**, e é preciso examinar a proporcionalidade em face dela. Aqui me parece que **a proporcionalidade é manifesta, tendo em vista as circunstâncias de que a finalidade a ser alcançada não é um meio desproporcional**. Por outro lado (...), não sendo taxa, mas preço público, e conseqüentemente, não sendo esse um **serviço essencial do Estado** que não possa ser interrompido como, por exemplo, a taxa de lixo, este pode depois executar, mas não pode cortá-lo. Aqui, não. Aqui basta não pagar a conta da eletricidade, para que seja perfeitamente possível o corte. Nunca ninguém sustentou a inconstitucionalidade disso. Esse corte é, obviamente, provisório, e se faz para **compelir aqueles que, reincidentemente, não atendem ao que se considera, que é absolutamente necessário para fazer face à crise** [sem grifo no original]³⁵⁴.

Pode-se indagar, todavia, se essa conclusão acerca da não essencialidade do serviço de energia elétrica não seria um tanto quanto desproporcional, ao menos quando comparada à essencialidade do serviço de coleta de lixo? Afinal, o que é mais gravoso para o usuário, um corte, mesmo que provisório, no fornecimento de luz ou uma paralisação, ainda que duradoura, na coleta de lixo? O lixo pode ser descartado das residências, embora sob o custo de uma maior insalubridade das ruas. Mas a energia não pode ser produzida do nada, custe o que custar.

Diante da importância excessiva dada à crise no fornecimento de energia pelos demais Ministros do tribunal, o Ministro Marco Aurélio – que, assim como o Ministro Néri da Silveira, também ficou vencido no caso – fez uma constatação interessante já no início do seu voto: “A crise tudo justifica. E perdem-se, com isso, os

³⁵⁴ Supremo Tribunal Federal, ADC-MC nº 9-6/DF, fl. 128.

parâmetros próprios ao Estado Democrático de Direito”³⁵⁵. De acordo com ele, o principal argumento da maioria do tribunal era muito mais econômico do que jurídico:

Sou egresso de uma Justiça – tomada por alguns como simplória, mas que é do povo –, a Justiça do Trabalho, na qual lidamos muito com um princípio que se sobrepõe ao rótulo, sobrepõe-se ao formal, alicerçado na realidade, no fundo. Pouco importa o rótulo “sobretarifa”. Na verdade, temos, aqui, algo que, sem lei complementar, sem a destinação prevista no art. 148 da Carta da República, ganha contornos de verdadeiro empréstimo. **E o argumento é único: é preciso estimular a economia.** Não se acredita na sabedoria do povo [sem grifo no original]³⁵⁶.

O Ministro afirmou ainda que não lhe cabia julgar a partir do “ângulo sociológico”, mas sim com base nas “balizas constitucionais”³⁵⁷. Essas balizas, segundo ele, permitiam concluir que diversos dispositivos da medida provisória eram inconstitucionais, conforme apontado no voto do Ministro Néri da Silveira. Novamente, o princípio da proporcionalidade foi aplicado para fundamentar a inconstitucionalidade, e não a constitucionalidade da MP:

Quando o artigo 175, inciso III, cogita da política tarifária, não outorga uma carta branca para fixá-la a bel prazer. Temos o princípio implícito, na Constituição Federal, da razoabilidade, o princípio da proporcionalidade. A razão de ser da cobrança está justamente no dispêndio, obtido com a concessão, em si, do serviço. Chegou às minhas mãos o esboço de um ilustre professor, titular de Direito Constitucional nas Minas Gerais, em que se aponta ter-se ressuscitado, com essa medida provisória, um **imposto de consumo**, com a possibilidade de, mais à frente, a critério da ANEEL, obter-se a devolução dos valores. E sua Excelência, Doutor em Direito Constitucional, desembargador José Tarcizio de Almeida Melo, deixou escancarado que, no caso, o previsto na medida provisória discrepa da Constituição Federal. Há mais: cogita-se, diante da observância da relação jurídica mantida entre concessionária e usuário do serviço, de uma providência drástica, em que pese ao usuário estar em dia com a satisfação da taxa – o **corte da energia elétrica**,

³⁵⁵ Supremo Tribunal Federal, ADC-MC nº 9-6/DF, fl. 141.

³⁵⁶ Supremo Tribunal Federal, ADC-MC nº 9-6/DF, fl. 155.

³⁵⁷ Supremo Tribunal Federal, ADC-MC nº 9-6/DF, fl. 139. Mais a frente, em uma discussão com o Ministro Sepúlveda Pertence, o Ministro Marco Aurélio externou algumas de suas opiniões pessoais não tão ligadas assim a essas “balizas constitucionais”: “O usuário passa a ser o bode expiatório, o responsável pela crise. Passa a ser o povo o responsável pela crise. Quem sabe? Talvez, por não ter, nas eleições, atuado como deveria. Sou favorável à alternância, sou contra a reeleição” (Supremo Tribunal Federal, ADC-MC nº 9-6/DF, fl. 154).

prevendo-se que esse corte, em um primeiro passo, perdurará até três dias e, em segundo, poderá alcançar seis dias, sem que se tenha descumprimento de obrigação, pelo usuário do serviço essencial, o qual, portanto, necessariamente, deve ser prestado pelo Estado de forma adequada. **Um passo, para mim, demasiado largo** [sem grifo no original]³⁵⁸.

No julgamento definitivo do mérito da ação, prevaleceu, basicamente, o mesmo posicionamento adotado na concessão da medida cautelar.

Esse breve relato dos principais argumentos utilizados pelos Ministros permite observar como foi dada uma importância muito maior ao risco de “apagão” do que aos princípios constitucionais de proteção e defesa do consumidor. Ou seja, a avaliação das conseqüências ou efeitos externos da decisão foi o que prevaleceu na fundamentação do tribunal.

Uma discussão travada entre os Ministros Néri da Silveira, Nelson Jobim e Marco Aurélio durante o julgamento reflete bem essa postura pragmática. O Ministro Néri da Silveira começou indagando o Ministro Nelson Jobim acerca dos cálculos utilizados para justificar a proporcionalidade e a razoabilidade do regime especial de tarifação:

O SENHOR MINISTRO NÉRI DA SILVERIA (RELATOR) – V. Exa. não me respondeu, desde o início, por que se cobram esses valores a mais. O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM – Exatamente para cobrar aquilo que V. Exa. não quer: assegurar a garantia a uma classe média superior de consumir. V. Exa., cristão como é, teria de pensar neste assunto. O SENHOR MINISTRO NÉRI DA SILVERIA (RELATOR) – Não vamos discutir nestes termos de

³⁵⁸ Supremo Tribunal Federal, ADC-MC nº 9-6/DF, fls. 157-158. Após essa conclusão, houve um diálogo bastante pitoresco entre o Ministro Marco Aurélio e o Ministro Sepúlveda Pertence: “O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE – Racionamento, então, não cria obrigações? Não é possível racionar? O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (PRESIDENTE) – Não, Excelência, não se pode transferir ao povo a culpa e ele pagar por ela. O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE – Então se queimem os governantes para fazer termelétrica. O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (PRESIDENTE) – Não, excelência, não é isso. É a potencialização, no Brasil, a mais não poder, do econômico, do financeiro em detrimento do social; é somente isso. E agora se quer, desta ou daquela forma, descontar mediante a cobrança dessa parcela, que não é sobretaxa. Tanto que ela será objeto de devolução aos usuários, sabe Deus quando, mas talvez o seja” (Supremo Tribunal Federal, ADC-MC nº 9-6/DF, fl. 158).

classe média. Estamos discutindo em termos de consumidor. O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM – O perdulário da classe média é que está em jogo, e V. Exa. protegerá com esta solução. O SENHOR MINISTRO NÉRI DA SILVERIA (RELATOR) – Não vou proteger ninguém. Na minha vida, nunca pratiquei nenhum ato para proteger nem para defender quem quer que seja, mas apliquei a constituição, como Juiz. O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM – **Mas efeito da sua decisão. Assuma as conseqüências de sua decisão. Não o seu desejo, mas as conseqüências objetivas do seu juízo.** Não examino a sua subjetividade. O SENHOR MINISTRO NÉRI DA SILVERIA (RELATOR) – A minha finalidade, aqui, como Juiz, é tão só esta: não é defender nem proteger ninguém; é **aplicar a Constituição** da maneira como entendo que devo fazê-lo. Portanto, V. Exa. não respondeu a indagação posta desde o início: esses valores são arrecadados para remunerar o bônus de dois por cento para que a empresa realize as diligências e os gastos administrativos. O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM – É a tarifa política. O perdulário paga. Aquele que é factual e solidário recebe. O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (PRESIDENTE) – Imagino, como há tantos perdulários no Brasil, que teremos um período enorme sem satisfação de tarifa. O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM – **As previsões econômicas de V. Exa. são infundadas. V. Exa. está fazendo previsões econômicas. Quais os fundamentos da previsão econômica?** Qual o dispêndio dos consumidores até 200 Kw-h? V. Exa. tem esse dado, trabalhou com esse dado? O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (PRESIDENTE) – Não, Ministro, porque **minha ferramenta é outra: a Constituição da República.** O SENHOR MINISTRO NÉRI DA SILVERIA (RELATOR) – V. Exa. não tem nenhum elemento para fazer previsões: se quem vai pagar é a classe média, classe alta ou classe baixa. V. Exa. está trazendo um ingrediente ao julgamento que nada tem a ver com o que está nos autos. O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM – É simples. V. Exa. sabia que um dos indicadores econômicos é exatamente o consumo de energia elétrica? E V. Exa. sabia que temos, no Brasil, acima de 400 kW e abaixo de 500 KW, 11% da população consumindo dessa forma? V. Exa. sabia que entre 100 KW-h e 200 Kw-h são consumidos por 29% da população? O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (PRESIDENTE) – Estatística é com o Ministro Nelson Jobim. O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM – **Dados objetivos e responsáveis para justificar o que ocorre.** O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (PRESIDENTE) – Não, Ministro. **A responsabilidade maior está em tornar prevalecente o “livrinho”** [sem grifo no original]³⁵⁹.

Um verdadeiro dilema, portanto, foi levantado: assumir as “conseqüências objetivas” da decisão, com base nas “previsões econômicas”, fundadas em “estudos estatísticos”, do Ministro Nelson Jobim, ou insistir, como propôs o Ministro Marco Aurélio, em levar a sério o “livrinho”?

³⁵⁹ Supremo Tribunal Federal, ADC-MC nº 9-6/DF, fls. 150-153.

O mais interessante, na decisão, é observar o contraste entre dois tipos de argumentos. De um lado, a crise de escassez no fornecimento de energia, o risco de “apagão”, a necessidade de adequação entre oferta e demanda por meio de uma utilização “política” ou “extrafiscal” da tarifa e até mesmo uma suposta adesão popular às providências adotadas pelo governo. De outro lado, os princípios da proteção e defesa do consumidor, o princípio da continuidade dos serviços públicos e os direitos dos usuários à prestação de um serviço adequado. E ainda, dos dois lados, o princípio da proporcionalidade ou razoabilidade, que parece ter sido capaz de atravessar, no julgamento, a forma constitucional/inconstitucional, pois foi citado tanto pela maioria que defendeu a constitucionalidade, quanto pela minoria que se posicionou pela inconstitucionalidade da medida provisória.

A maioria dos Ministros, conforme observado, preferiu fundamentar a decisão ora na conveniência política das medidas, supostamente aprovadas pela sociedade brasileira, ora na sua eficiência econômica, por serem elas o único meio adequado e necessário para, diante de uma situação crítica de escassez, equilibrar a oferta e a demanda de energia elétrica, evitando, assim, o “apagão”.

Todavia, de onde veio toda essa certeza acerca da eficiência econômica e do apoio da população? Se o povo apoiou as medidas, por que, então, se instaurou uma relevante controvérsia judicial acerca da sua constitucionalidade, de modo que o Supremo Tribunal Federal foi instado a utilizar sua autoridade para “pacificar” o judiciário e garantir a segurança jurídica? Até que ponto a aprovação da sociedade não foi estimulada pelo próprio receio de um aumento na fatura, ou mesmo de um corte no fornecimento de luz? Como medir, ainda, esse suposto apoio popular no curto período de pouco mais de um mês, que foi o tempo que separou a edição da medida provisória (22 de maio de 2001) e o deferimento do pedido cautelar (28 de junho de 2001)?

Além disso, por que converter a escassez em problema jurídico? A economia, por si só, não seria capaz de responder à crise? O próprio governo não poderia arcar, ao menos em parte, com os eventuais custos adicionais? Embora talvez não fosse muito conveniente e oportuno do ponto de vista político, nem financeiramente vantajoso para os cofres públicos, não seria essa uma opção menos gravosa em relação à preservação dos direitos do consumidor? Importar energia, por exemplo, pode ser caro, mas não é impossível faticamente³⁶⁰. Em todo caso, como pôde o Supremo Tribunal Federal medir a adequação, a necessidade e a eficiência em termos de custo/benefício das providências adotadas pelo governo, certamente muito mais complexas do que sugeriam os tão citados cálculos do Ministro Nelson Jobim? Como garantir que, sem a previsão da sanção de interrupção na prestação do serviço, o “apagão” não poderia ser evitado?

Esse exercício de futurismo impediu, de certo modo, que fosse dedicada uma maior atenção à questão central do julgamento, que não estava ligada necessariamente à constitucionalidade ou inconstitucionalidade do próprio racionamento de energia, mas sim à eventual contrariedade das sanções, impostas por meio de medida provisória, aos princípios constitucionais de proteção e defesa do consumidor³⁶¹.

³⁶⁰ A título de informação, a importação de energia elétrica já existe “há muito tempo, porém manifestada através de alguns episódios isolados, de pequeno porte, de intercâmbio internacional entre o Brasil e países limítrofes, como Uruguai, Argentina, Paraguai e Colômbia. Mas, recentemente, a importação ganhou maior destaque em razão de um projeto de interligação com a Argentina para a aquisição de grandes blocos de energia excedente desse país, que virão reforçar o abastecimento das Regiões Sul e Sudeste do País” (Waltenberg, 2002, p. 370).

³⁶¹ Esse ponto foi destacado pelo Ministro Néri da Silveira em uma discussão com o Ministro Sydney Sanches acerca da suposta adesão da população ao racionamento: “O SENHOR MINISTRO NÉRI DA SILVEIRA – Penso, Ministro Sydney Sanches, que o povo vem prestigiando e continuará prestigiando o esforço para redução do consumo de energia elétrica, qualquer que seja a decisão do Supremo Tribunal Federal. O povo vem prestigiando antes da medida provisória; tem atendido ao apelo do Governo nesse sentido. O SENHOR MINISTRO SYDNEY SANCHES – Acredito que vá continuar apoiando, e também por isso não vejo, por ora, em juízo meramente cautelar, a necessidade de suspender o plano. O SENHOR MINISTRO NÉRI DA SILVEIRA – **O racionamento é uma coisa; a**

Para a maioria do tribunal, foi suficiente argumentar que esses princípios podiam ser limitados pelas regras proporcionais e razoáveis introduzidas pela MP. Como disse o Ministro Nelson Jobim, inclusive de modo bastante intimidante, os Ministros – mais especificamente, o Ministro Néri da Silveira – tinham que “assumir as conseqüências da decisão”. E como o risco (ou medo) do “apagão” era alto, as medidas adotadas para combater a crise e evitar, assim, um mal muito maior foram consideradas razoáveis e proporcionais. Diante das “más conseqüências” a serem prevenidas, era justificável, conforme afirmou o Ministro Carlos Velloso, impor restrições aos direitos de uma minoria “perdulária” e “insensível”, em proveito de uma maioria “poupadora” e “solidária” em relação às “dificuldades enfrentadas pelo país”.

O princípio da proporcionalidade foi aplicado, portanto, para assegurar que as “boas conseqüências” da medida provisória pudessem se concretizar, mesmo às custas de prejuízos para uma minoria de consumidores, pois o benefício, em si, era supostamente maior e, por isso mesmo, razoável e proporcional.

Para além de uma postura excessivamente pragmática, parece que houve, em certa medida, uma verdadeira corrupção de códigos, pois a proporcionalidade foi utilizada não tanto para fundamentar a ausência de violação aos direitos do consumidor, mas sim para demonstrar a necessidade econômica das medidas, adotadas para compensar a escassez de energia, assim como a sua adequação política, tendo em vista que contavam supostamente com a aprovação da população. Ou seja, a comunicação se concentrou muito mais em torno das distinções riqueza/escassez e popular/impopular do que em torno da distinção direito/não direito (ou constitucional/inconstitucional).

imposição de sanções é outra. Não estou entendendo que seja inconstitucional estabelecer metas para redução do consumo de energia elétrica, mas, sim, as sanções cominadas [sem grifo no original]” (Supremo Tribunal Federal, ADC-MC nº 9-6/DF, fl. 122).

Não obstante o fundamento da ADC fosse a garantia da segurança jurídica, parece que o resultado final contribuiu, paradoxalmente, para um aumento na insegurança jurídica. O Supremo não levou em conta que, mesmo diante da escassez de energia elétrica, expectativas podem sempre ser mantidas contra um aumento inesperado na fatura ou mesmo contra um corte repentino no fornecimento de luz. A decisão não serviu, contudo, para reforçar essa possibilidade de manutenção das expectativas ou de irresignação diante dos fatos, embora possa eventualmente ser considerada eficiente do ponto de vista econômico ou mesmo politicamente oportuna. No caso, as eventuais expectativas dos consumidores não foram asseguradas juridicamente. Foram, ao contrário, submetidas a um aprendizado político e econômico³⁶².

Um aspecto curioso é que a ementa do acórdão definitivo, transcrita acima, ressaltou expressamente a possibilidade, prevista na própria medida provisória, de “apreciação de casos excepcionais” pelas empresas concessionárias³⁶³. Ou seja, admitiu – excepcionalmente, é claro – a possibilidade de que as regras fixadas na MP não fossem aplicadas em algumas situações específicas.

Trata-se, portanto, de um paradoxo. Um paradoxo derivado da própria natureza abstrata da declaração de constitucionalidade. A decisão declarou a MP proporcional e, portanto, constitucional. No entanto, essa proporcionalidade abstrata poderia, eventualmente, ser considerada desproporcional em relação a um determinado

³⁶² De acordo com Luhmann: “A segurança do direito deve consistir, em primeiro lugar e acima de tudo, na segurança de que os assuntos, se assim se deseja, sejam tratados exclusivamente de acordo com o código do direito, e não de acordo com o código do poder ou de qualquer outro interesse não contemplado pelo direito” (Luhmann, 1993b, p. 138). No caso, prevaleceu o interesse pela compensação da escassez econômica do bem energia elétrica, e não necessariamente o interesse em assegurar juridicamente os direitos do consumidor.

³⁶³ De acordo com o art. 15, § 5º, da MP nº 2.152-2/2001: “Art. 15. (...) § 5º Caberá às concessionárias distribuidoras, segundo diretrizes a serem estabelecidas pela GCE, decidir sobre os casos de consumidores residenciais sujeitos a situações excepcionais”.

caso concreto, já que somente diante de um caso concreto seria possível distinguir a excepcionalidade da não excepcionalidade – o que poderia, inclusive, ser objeto de questionamento judicial.

Se a proporcionalidade abstrata da medida provisória não excluía a possibilidade de eventuais (e excepcionais) desproporcionalidades concretas, por que, então, declarar genericamente e com eficácia vinculante e efeito contra todos a sua constitucionalidade, com base, unicamente, na sua proporcionalidade? Provavelmente para minimizar, de forma pragmática e com o auxílio da autoridade (ou autoritarismo) do Supremo Tribunal Federal, a possibilidade de uma “excepcional” não aplicação da MP. Acima de tudo, o mais importante – para o governo, e não tanto para os consumidores – era garantir que a aplicação da medida provisória não fosse questionada. Afinal de contas, ninguém queria correr o risco de ficar sem luz, nem mesmo os Ministros do STF.

2.3.2. O caso da farra do boi: “uma turba ensandecida”

O caso da farra do boi (RE nº 153.531-8/SC) foi julgado pelo Supremo Tribunal Federal em junho de 1997³⁶⁴. Trata-se de um caso não muito recente, mas bastante emblemático, em que o tribunal aplicou o princípio da razoabilidade para solucionar um suposto conflito entre o direito à manifestação cultural (art. 215, § 1º, da

³⁶⁴ Supremo Tribunal Federal, Segunda Turma, RE nº 153.531-8/SC, Rel. Min. Francisco Rezek, Redator para o Acórdão Min. Marco Aurélio, Data de Julgamento: 03/06/1997, DJU de 13/03/1998.

Constituição³⁶⁵) e o direito à preservação do meio ambiente, aí incluída a preservação da fauna (art. 225, VII, da Constituição³⁶⁶).

Diversas associações da sociedade civil com atuação na área de proteção ao meio ambiente e defesa dos animais³⁶⁷ propuseram uma ação civil pública junto à justiça estadual de Santa Catarina, solicitando que o Estado fosse condenado a adotar as medidas necessárias para a proibição da festa denominada farra do boi em todo o seu território.

A justiça estadual de primeira instância extinguiu o processo sem julgamento do mérito devido à impossibilidade jurídica do pedido³⁶⁸. As autoras recorreram ao Tribunal de Justiça do Estado, que apenas reformou a decisão para julgar, no mérito, o pedido improcedente. As autoras, então, interpuseram Recurso Extraordinário junto ao Supremo Tribunal Federal

A alegação principal era a de que o Estado de Santa Catarina estava sendo negligente ao não proibir terminantemente a farra do boi no seu território, em violação ao art. 225, VII, da Constituição.

³⁶⁵ “Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais. § 1º O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de **outros grupos participantes do processo civilizatório nacional**”.

³⁶⁶ “Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. § 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público: (...) VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou **submetam os animais a crueldade**”.

³⁶⁷ Associação Amigos de Petrópolis, Patrimônio, Proteção aos Animais e Defesa da Ecologia – APANDE, Liga de Defesa dos Animais – LDZ, Sociedade Zoológica Educativa – SOZED e Associação Protetora dos Animais – APA.

³⁶⁸ Supremo Tribunal Federal, RE nº 153.531-8/SC, fls. 390-391.

A farra do boi faz parte da tradição de alguns descendentes de açorianos que habitam determinadas regiões litorâneas do Estado. Consiste, basicamente, em um ritual no qual um boi é perseguido e sacrificado como parte de uma celebração religiosa.

De acordo com a ementa do acórdão do Tribunal de Justiça local:

ACÇÃO CIVIL PÚBLICA. AJUIZAMENTO CONTRA O ESTADO DE SANTA CATARINA. PEDIDO CONSISTENTE NA PROIBIÇÃO DA PRÁTICA NOS MUNICÍPIOS, DISTRITOS, SUBDISTRITOS E OUTRAS LOCALIDADES DA FAIXA LITORÂNEA CATARINENSE, DA DENOMINADA FARRA DO BOI. PRESENÇA MARCANTE DO ESTADO ATRAVÉS DA POLÍCIA CIVIL E MILITAR, COM A FINALIDADE DE DISCIPLINAR O FOLGUEDO POPULAR, SEM MAUS TRATOS AOS ANIMAIS. SOLICITAÇÃO, ADEMAIS, POR PARTE DA ADMINISTRAÇÃO, DO CONCURSO DE CIENTISTAS SOCIAIS PARA ESTUDO E SOLUÇÃO DO PROBLEMA QUE SE LOCALIZA APENAS EM SEGMENTO DA POPULAÇÃO DE ORIGEM AÇORIANA. INCONFIGURAÇÃO DE OMISSÃO DO ESTADO NA ÁREA EM QUE CUMPRE ATUAR. INDISPENSÁVEL, POR OUTRO LADO, NÃO CONFUNDIR ESSA TRADIÇÃO, DE ORIGEM AÇORIANA, CONHECIDA SOB A DENOMINAÇÃO DE TOURADA À CORDA OU BOI NA VARA, COM A VIOLÊNCIA DESCRITERIOSA INFLIGIDA NOS PRÓPRIOS BOIS. O ERRO AQUI PRATICADO, CONFIGURATIVO DE CONTRAVENÇÃO, UMA VEZ EXPUNGIDO DESSE CONTEXTO, POR MEIOS PREVENTIVOS OU REPRESSIVOS, NÃO JUSTIFICA A PROIBIÇÃO DESSA MANIFESTAÇÃO POPULAR, DESDE QUE SE MANTENHA FIEL À FEIÇÃO TRADICIONAL DO BOI NA VARA, SEM A MENOR VIOLÊNCIA OU INFLIÇÃO DE MALEFÍCIOS À ALIMÁRIA. RECURSO DESPROVIDO PARA, ALTERANDO O DISPOSITIVO DA SENTENÇA, JULGAR IMPROCEDENTE O PEDIDO³⁶⁹.

O Tribunal concluiu, portanto, que o Estado não estava sendo omissivo, pois já havia adotado as medidas necessárias para evitar que o ritual folclórico fosse transformado em uma mera submissão dos animais a práticas cruéis, o que era previsto como contravenção penal³⁷⁰. Eventuais abusos e excessos deveriam ser fiscalizados e

³⁶⁹ Supremo Tribunal Federal, RE nº 153.531-8/SC, fls. 391-392.

³⁷⁰ De acordo com o art. 64 do Decreto-Lei nº 3.688/1941 (Lei das Contravenções Penais): “Art. 64. Tratar animal com crueldade ou submetê-lo a trabalho excessivo: Pena – prisão simples, de dez dias a um mês, ou multa, de cem a quinhentos mil réis”. Atualmente, a mesma conduta é tipificada como crime pelo art. 32 da Lei nº 9.605/1998: “Art. 32. Praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar

punidos em concreto, não sendo possível simplesmente determinar a proibição em abstrato da farra do boi, tendo em vista os direitos culturais da população de origem açoriana, protegidos pelo art. 215, § 1º, da Constituição.

A Procuradoria-Geral da República se manifestou a favor do não conhecimento do recurso com base na Súmula nº 279 do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual: “Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário”. De acordo com a PGR, como o Tribunal de Justiça já havia se posicionado pela inexistência de omissão por parte do Estado de Santa Catarina e já havia considerado que a farra do boi não é necessariamente cruel e violenta, não caberia ao STF discutir novamente o caso, pois se tratava de matéria de fato, e não de direito³⁷¹.

Essa súmula é o resultado de uma construção curiosa, de acordo com a qual o STF – assim como os tribunais superiores em geral –, com exceção das causas que fazem parte da sua competência originária, não deve analisar questões de fato, cujas provas podem ser melhor avaliadas pelas instâncias ordinárias, mas apenas questões de direito. Trata-se de uma distinção, por assim dizer, bastante econômica, pois evita que o tribunal desperdice o seu tempo com questões mais intrincadas de natureza probatória, podendo se dedicar, assim, a sua função primordial de uniformizar a interpretação do direito – no caso, da constituição.

Contudo, quando estão em jogo matérias mais “delicadas”, o tribunal re-introduz, por assim dizer, as questões fáticas nas questões jurídicas e considera os fatos essenciais para a própria definição do direito. Essa “operação de reentrada” é ocultada com o auxílio de uma outra distinção, aquela entre apreciação e valoração da prova. Se

animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos: Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa”.

³⁷¹ Supremo Tribunal Federal, RE nº 153.531-8/SC, fls. 392-395.

a primeira é proibida, já que o tribunal não deve avaliar os fatos em si, a segunda é permitida, pois relativa à hipótese em que “os fatos estão inexoravelmente identificados ao direito” – poder-se-ia indagar, todavia, quando é que não estão?

O Ministro Francisco Rezek, relator do acórdão, afastou, então, a questão preliminar levantada pela Procuradoria-Geral da República e considerou inevitável uma nova “valoração” dos fatos, ainda mais devido a sua “gritante notoriedade”:

Tardei a submeter este caso ao julgamento da Turma, na esperança de que isso se resolvesse sem uma decisão judiciária, de que ficasse claro que o poder público tomou providências no sentido de coibir qualquer ação agressiva à lei fundamental, e de que sobrou uma autêntica manifestação cultural, eliminando todos os seus aspectos cruéis ou reprováveis. Infelizmente isso não aconteceu. A cada ano do calendário a prática se caracterizou mais e mais como cronicamente violenta, e não apenas pontilhada de abusos tópicos. (...) **Os fatos, neste caso, são (...) inexoravelmente identificados ao direito que se discute. Além do mais, os fatos são de uma gritante notoriedade, que ultrapassa nossas fronteiras; poucas coisas são tão tristemente notórias quanto o ritual da “farra do boi” e o que nela acontece no litoral catarinense a cada ano.** (...) Sei que esse feito, sobretudo quando se queira dar extremo rigor aos limites do recurso extraordinário, comporta dificuldades. Mas me parece que **poucas vezes nos defrontamos com situação de fato tão clara e tão notória quanto a de que aqui se cuida** [sem grifo no original]³⁷².

A distinção entre questões de fato e questões de direito foi, portanto, “amenizada” devido à “notoriedade” da omissão do Estado de Santa Catarina, que não foi capaz de conter a “crueldade” da farra do boi, “comprovada a cada ano”. Curiosamente, no entanto, a “notoriedade”, a “clareza” e a “comprovação anual” dos fatos não foram extraídas dos elementos existentes nos autos do processo. Ou seja, o Ministro Francisco Rezek não se limitou apenas a dar simplesmente uma nova “valoração” às provas já produzidas, talvez por considerar desnecessária uma

³⁷² Supremo Tribunal Federal, RE nº 153.531-8/SC, fls. 398-399. De acordo com o andamento processual disponível para consulta no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal (www.stf.gov.br), o processo foi distribuído ao Ministro Francisco Rezek em 20/08/1992 e só foi levado ao julgamento da turma em 04/02/1997.

vinculação estrita ao que já constava do processo, por se tratarem de fatos tão “claros” e “notórios”. Nas palavras do Ministro:

Em que consiste essa prática, **o país todo sabe**. Poupei o Tribunal, como é do meu feitio, de ler determinadas peças do processo em nome dessa **notoriedade**. Há **coisas repulsivas** aqui narradas por pessoas da sociedade catarinense, narradas por sacerdotes de Santa Catarina e por instituições comprometidas com o primado da Constituição no que se refere à proibição da crueldade para com os animais [sem grifo no original]³⁷³.

O Ministro Rezek concluiu, após relatar a “notoriedade” dos fatos – mencionando, inclusive, ter sido a ação civil pública ajuizada “dentro da unidade da nossa cultura e da nossa ordem jurídica”³⁷⁴ – que a farra do boi não constitui algo “juridicamente correto”, pois:

“Não há aqui uma manifestação cultural com abusos avulsos; há uma prática abertamente violenta e cruel para com os animais, e **a Constituição não deseja isso**. Bem disse o advogado da tribuna: manifestações culturais são as práticas existentes em outras partes do país, que também envolvem bois submetidos à farra do público, mas de pano, de madeira, de “papier maché”; não seres vivos, dotados de sensibilidade e preservados pela Constituição da República contra **esse gênero de comportamento** [sem grifo no original]”³⁷⁵.

Essa foi a posição que prevaleceu no tribunal, tendo sido adotada pelos Ministros Marco Aurélio e Néri da Silveira.

Em seu voto, o Ministro Marco Aurélio expôs a sua “valoração” pessoal dos fatos, além de citar uma das fontes “extraprocessuais” que fundamentavam a sua suposta “notoriedade” – no caso, o Jornal da Globo. Nas palavras do Ministro:

(...) é justamente a **crueldade** o que constatamos ano a ano, ao acontecer o que se aponta como folguedo sazonal. A manifestação cultural deve ser estimulada, mas não a **prática cruel**. Admitida a chamada “farra do boi”, em que **uma turba ensandecida vai atrás do**

³⁷³ Supremo Tribunal Federal, RE nº 153.531-8/SC, fl. 400.

³⁷⁴ Supremo Tribunal Federal, RE nº 153.531-8/SC, fl. 400.

³⁷⁵ Supremo Tribunal Federal, RE nº 153.531-8/SC, fl. 400.

animal para procedimentos que estarrecem, como vimos, não há poder de polícia que consiga coibir esse procedimento. **Não vejo como chegar-se à posição intermediária**. A distorção alcançou tal ponto que **somente uma medida que obstaculize terminantemente a prática pode evitar o que verificamos neste ano de 1997**. O **Jornal da Globo** mostrou um animal ensangüentado e cortado invadindo uma residência e provocando ferimento em quem se encontrava no seu interior. Entendo que a prática chegou a um ponto a atrair realmente, a incidência do disposto no inciso VII do artigo 225 da Constituição Federal. Não se trata, no caso, de uma manifestação cultural que mereça agasalho da Carta da República. Como disse no início de meu voto, **cuida-se de uma prática cuja crueldade é ímpar e decorre das circunstâncias de pessoas envolvidas por paixões condenáveis buscarem, a todo custo, o próprio sacrifício do animal** [sem grifo no original]³⁷⁶.

Já o Ministro Néri da Silveira, ao invés de mencionar fontes “extraprocessuais”, preferiu se ater aos fatos “tal qual descritos nos autos e qualificados pela Corte de origem”³⁷⁷. Segundo ele, os “princípios ou bens maiores da constituição” permitiam concluir, no caso, que a preservação do meio ambiente, incluída aí a fauna, deveria prevalecer:

Há, sem dúvida, nesse dispositivo do art. 225, nítida integração com os princípios e valores dos arts. 1º e 3º da Constituição, enquanto definem princípios fundamentais da República. (...) Entendo, dessa maneira, que **os princípios e valores da Constituição em vigor, que informam essas normas maiores, apontam no sentido de fazer com que se reconheça a necessidade de se impedirem as práticas, não só de danificação ao meio ambiente, de prejuízo à fauna e à flora, mas, também, que provoquem a extinção de espécies ou outras que submetam os animais a crueldade**. A Constituição, pela vez primeira, tornou isso preceito constitucional, e, assim, **não parece que se possam conciliar determinados procedimentos, certas formas de comportamento social, tal como denunciada nos autos, com esses princípios, visto que eles estão em evidente conflito, em inequívoco atentado a tais postulados maiores**. (...) Não cabe, decerto ignorar (...) que se cuida de manifestações que encontram raízes no tempo e das quais participam camadas significativas do povo, em determinadas épocas. Disso decorre serem manifestações difíceis para o Estado coibir. Mas, **ao STF, enquanto guarda da Constituição, cumpre proclamar tal exigência maior** (...) [sem grifo no original]³⁷⁸.

³⁷⁶ Supremo Tribunal Federal, RE nº 153.531-8/SC, fl. 414.

³⁷⁷ Supremo Tribunal Federal, RE nº 153.531-8/SC, fl. 415.

³⁷⁸ Supremo Tribunal Federal, RE nº 153.531-8/SC, fls. 418-419.

O único voto vencido foi o do Ministro Maurício Corrêa, que havia pedido vista dos autos logo após o voto do Ministro Francisco Rezek. Inicialmente, o Ministro expôs a sua posição de que não há “antinomia na Constituição Federal”, pois “se de um lado é proibida a conduta que provoque a extinção de espécies ou submetam os animais à crueldade, por outro lado ela garante e protege as manifestações das culturas populares, que constituem patrimônio imaterial do povo brasileiro”³⁷⁹. Após citar alguns estudos históricos e antropológicos acerca dos costumes e tradições dos descendentes de açorianos, ele conclui que a farra do boi “é uma tradição regionalizada, e, como manifestação cultural, há de ser garantida e assegurada pelo Estado”³⁸⁰.

O principal argumento do seu voto foi o de que os eventuais excessos na prática da farra do boi deveriam ser coibidos pelo Estado por meio do seu poder de polícia, cabendo ao judiciário, quando provocado, compelir o poder público “à prática de atos voltados a obstar o procedimento contrário a preceito constitucional”³⁸¹. Ou seja, ele reconheceu que a farra do boi não constituía um ritual inerentemente cruel, não devendo, portanto, ser proibido de modo genérico apenas em decorrência do risco de abuso em determinadas situações concretas.

Além disso, o Ministro mencionou alguns documentos dos autos que comprovavam que o Estado de Santa Catarina estava adotando providências no sentido de prevenir os excessos e abusos da farra do boi, citando, inclusive, a existência de uma comissão estadual criada especificamente para discutir o assunto, o que descaracterizaria, por si só, a alegada omissão³⁸².

³⁷⁹ Supremo Tribunal Federal, RE nº 153.531-8/SC, fl. 406.

³⁸⁰ Supremo Tribunal Federal, RE nº 153.531-8/SC, fl. 408.

³⁸¹ Supremo Tribunal Federal, RE nº 153.531-8/SC, fl. 408.

³⁸² Supremo Tribunal Federal, RE nº 153.531-8/SC, fls. 408-410.

Por fim, ele conclui que, não obstante o “farto noticiário dando conta da prática de crueldade contra os animais”, a natureza do próprio Recurso Extraordinário não lhe permitia avaliar com maiores detalhes a matéria de fato, razão pela qual se manifestou pelo não conhecimento do recurso³⁸³. De acordo com um dos trechos finais do seu voto:

(...) subverter um preceito constitucional que estabelece a vedação da prática de crueldade a animais – por ser regra geral –, para o fim de produzir efeitos cassatórios do direito do povo do litoral catarinense a um exercício cultural com mais de duzentos anos de existência, parece-me que é ir longe demais, tendo em vista o sentido da norma havida como fundamento para o provimento do recurso extraordinário. **Não vejo como, em sede extraordinária, se aferir que as exacerbações praticadas por populares na realização desse tipo de cultura, que implicam em sanções contravencionais, possam ser confundidas como essa prática cultural que tem garantia constitucional. Isso é uma questão de polícia e não de recurso extraordinário.** (...) há que se acrescentar que o pedido formulado na inicial, e que se prevalecer o provimento do recurso, sem sombra de dúvida vai é mesmo significar a “*proibição pelo Estado de Santa Catarina da denominada farra do boi e ou manifestações semelhantes*”, circunstância que estará a dizer que o Supremo Tribunal Federal vai acabar com esse folguedo, que se reduz à matéria exclusivamente de prova, e cujo resultado pode ser inclusive inócuo, pela inexistência de sanção para por em ação o provimento recursal [sem grifo no original]³⁸⁴.

Um dos aspectos que chama a atenção no julgamento é que, embora só tenha sido citado brevemente e de modo esparso no voto do Ministro Marco Aurélio³⁸⁵, redator do acórdão, o princípio da razoabilidade foi transcrito na ementa como o fundamento para a constatação da crueldade da farra do boi e para a prevalência conferida à preservação da fauna em relação ao direito de manifestação cultural. De acordo com a ementa:

³⁸³ Supremo Tribunal Federal, RE nº 153.531-8/SC, fls. 411-412.

³⁸⁴ Supremo Tribunal Federal, RE nº 153.531-8/SC, fl. 411.

³⁸⁵ “Senhor Presidente, uma coisa é o aspecto formal; outra, é o costume transportado dos Açores para o Brasil. Confesso a V. Exa. que não tenho meio de examinar se esse costume – discrepante, ou não, da **razoabilidade** – é algo diverso da realidade brasileira, é o que presenciamos nos últimos anos, pela mídia sobre a prática perpetrada em Santa Catarina [sem grifo no original]” (Supremo Tribunal Federal, RE nº 153.531-8/SC, fl. 413).

COSTUME - MANIFESTAÇÃO CULTURAL - ESTÍMULO - RAZOABILIDADE - PRESERVAÇÃO DA FAUNA E DA FLORA - ANIMAIS - CRUELDADE. A obrigação de o Estado garantir a todos o pleno exercício de direitos culturais, incentivando a valorização e a difusão das manifestações, não prescinde da observância da norma do inciso VII do artigo 225 da Constituição Federal, no que veda prática que acabe por submeter os animais à crueldade. Procedimento discrepante da norma constitucional denominado “farra do boi”³⁸⁶.

Apesar dessa menção lacônica, não houve qualquer tentativa de uma ponderação racional e objetiva dos valores constitucionais supostamente em colisão, tendo em vista a adoção de uma decisão proporcional e harmônica, capaz de garantir a efetividade do princípio da preservação do meio ambiente sem sacrificar totalmente o princípio de proteção das manifestações culturais.

No caso, não havia uma situação concreta e específica a ser avaliada. Tratava-se de uma ação civil pública de pedido genérico, consistente na proibição total e irrestrita, por parte do Estado de Santa Catarina, da prática da farra do boi. Por consequência, os fatos também eram genéricos. E na ausência de fatos concretos, o Supremo Tribunal Federal acabou julgando a própria farra do boi em si, e não uma manifestação individual e específica do costume.

O mais interessante é notar como a citada Súmula nº 279 foi reinterpretada a partir de uma distinção entre apreciação e valoração da prova, com o objetivo não tanto de abrir espaço para uma análise dos elementos probatórios já produzidos nos autos, tendo em vista uma melhor avaliação da própria questão de direito, mas sim para que os Ministros pudessem introduzir suas próprias valorações pessoais acerca de fatos extraprocessuais, cuja notoriedade permitia concluir pela “inevitável” e “intrínseca” crueldade da farra do boi.

³⁸⁶ Supremo Tribunal Federal, RE nº 153.531-8/SC, fl. 388.

A maioria do tribunal não considerou a “possibilidade fática” de que a farra do boi poderia não configurar uma violação ao princípio da preservação da fauna, não obstante a existência de diversos documentos nos autos – alguns deles citados no voto do Ministro Maurício Corrêa³⁸⁷ – atestando que a prática nem sempre dava origem a atos de tortura e violência. Os Ministros Francisco Rezek e Marco Aurélio preferiram fundamentar suas opiniões nos fatos “notórios” que apontavam em sentido contrário – extraídos, por exemplo, do Jornal da Globo, mas não necessariamente do processo.

Uma maior atenção às provas processuais talvez permitisse concluir que a proibição genérica da farra do boi podia não ser a medida mais “adequada” ou “necessária” para garantir o princípio da preservação da fauna. Que havia outros “meios” de se proteger o princípio menos “gravosos” em relação ao direito de manifestação cultural. Como disse o Ministro Maurício Corrêa, talvez fosse mais uma “questão de polícia do que de recurso extraordinário”, isto é, talvez fosse mais adequado, necessário e proporcional em sentido estrito não determinar a proibição irrestrita da farra do boi, mas apenas a fiscalização concreta de eventuais abusos e excessos.

No caso, o Supremo fez tudo menos garantir uma suposta harmonia ou proporcionalidade na decisão que solucionou o suposto conflito entre princípios. O próprio Ministro Marco Aurélio chegou a afirmar que não visualizava uma “posição intermediária”, pois a “distorção” havia alcançado tal ponto que, nas suas palavras, “somente uma medida que obstaculizarize terminantemente a prática pode evitar o que verificamos neste ano de 1997”. Suas prognoses adquiriram, portanto, força jurídica.

³⁸⁷ Cf. Supremo Tribunal Federal, RE nº 153.531-8/SC, fls. 406-410.

Ao invés da citação lacônica do princípio da razoabilidade, o tribunal poderia ter justificado melhor por que os descendentes de açorianos não têm, em hipótese alguma, o direito de preservar a sua cultura? Por que não existem “possibilidades fáticas” de harmonização dos dois princípios? O sacrifício de um boi como parte de uma celebração religiosa representa sempre uma violação à proteção constitucional da fauna?

Muito mais fácil e cômodo, todavia, do que fundamentar juridicamente a decisão de uma forma consistente e adequada, foi utilizar, de maneira genérica, sob o manto da razoabilidade, o argumento valorativo da “inevitável”, “intrínseca” e “notória” crueldade da farra do boi.

Para o tribunal, foi bastante razoável proibir um costume que, em si, não podia nem mesmo ser considerado uma tradição cultural digna de respeito e proteção, mas apenas uma prática “notoriamente cruel” de pessoas movidas por “paixões condenáveis”, cuja preservação obviamente não era “desejada pelos princípios e valores maiores da nossa constituição”. Afinal de contas, tratava-se apenas de “uma turba ensandecida”.

2.3.3. O caso *Gerald Thomas*: “mostrar a bunda não é crime”

O caso *Gerald Thomas* (HC nº 83.996-7³⁸⁸), embora um tanto quanto trivial – ao menos se comparado aos casos anteriores, muito mais polêmicos –, é um caso

³⁸⁸ Supremo Tribunal Federal, Segunda Turma, HC nº 83.966-7/RJ, Rel. Min. Carlos Velloso, Relator para o Acórdão Min. Gilmar Mendes, Data de Julgamento: 17/08/2004, DJU de 26/08/2005.

interessante de ser analisado, sobretudo para demonstrar como o direito pode e deve funcionar, em certa medida, como uma instância de “proteção à imoralidade”.

O diretor teatral Gerald Thomas, em resposta às vaias da platéia logo após a apresentação da sua peça “Tristão e Isolda” no Teatro Municipal do Rio de Janeiro, simulou um ato de masturbação e mostrou as nádegas ao público.

A conduta foi enquadrada como ato obsceno (art. 233 do Código Penal³⁸⁹) pelo Ministério Público estadual, que ofereceu denúncia contra o diretor ao Juizado Especial Criminal do Rio de Janeiro.

O diretor impetrou Hábeas Corpus junto à Turma Recursal do Juizado, solicitando o trancamento da ação penal devido à atipicidade da conduta. O HC, contudo, foi denegado. De acordo com a ementa do acórdão:

EMENTA – HABEAS CORPUS – ATO OBSCENO – TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL POR ATIPICIDADE DA CONDUTA – EXAME DO ELEMENTO SUBJETIVO. O delito de ato obsceno se tipifica quando o agente, em lugar público, exprime manifestação corpórea, de cunho sexual, que ofende o pudor público, **tendo como bem jurídico protegido a moralidade pública**. Para sua configuração exige-se a presença do elemento subjetivo que é o dolo, somente ocorrendo a infração se demonstrado que o agente tinha consciência da ilicitude do ato e a intenção e vontade de atingir aquele bem jurídico. Apesar de ser possível o trancamento de ação penal por falta de justa causa quando desponta a inocência do acusado, a atipicidade da conduta ou a extinção da punibilidade, tal medida somente se justifica na hipótese de estar demonstrada de forma clara e incontestável uma destas circunstâncias, **não sendo razoável que se impeça o prosseguimento do processo quando o fato narrado, em tese, é típico e a questão relativa ao elemento subjetivo reclama o exame de prova**, inclusive com a oitiva de testemunhas presenciais, tudo com o escopo de se apurar, no caso concreto, se houve a violação ao bem jurídico protegido pelo tipo respectivo [sem grifo no original]³⁹⁰.

³⁸⁹ “Art. 233. Praticar ato obsceno em lugar público, ou aberto ou exposto ao público: Pena – detenção, de três meses a um ano, ou multa”.

³⁹⁰ Supremo Tribunal Federal, HC nº 83.966-7/RJ, fls. 330-331.

Contra essa decisão, foi impetrado novo Hábeas Corpus, agora junto ao Supremo Tribunal Federal. O julgamento terminou empatado e o processo foi extinto, com o imediato trancamento da ação penal, conforme previsto no art. 150, § 3º, do Regimento Interno do STF³⁹¹.

Os Ministros Carlos Velloso – que já havia, inclusive, deferido, em decisão monocrática, o pedido de liminar para suspender o curso da ação até o julgamento final do HC³⁹² – e Ellen Gracie votaram pelo indeferimento da ordem por entenderem, em conformidade com a Turma Recursal do Juizado, que a conduta, em tese, se enquadrava no tipo penal e que uma avaliação profunda do caso dependeria de um exame mais acurado das provas, o que seria incompatível com a ação de Hábeas Corpus.

Para sustentar a tipificação abstrata da conduta, o Ministro Carlos Velloso citou diversos precedentes do tribunal, assim como a opinião de alguns “ilustres penalistas”, que permitiam concluir que o ato praticado pelo réu podia ser enquadrado como crime de ato obsceno³⁹³. Um dos precedentes (RHC nº 50.828/GB³⁹⁴) – citado no parecer, transcrito pelo Ministro, da Procuradoria-Geral da República, que também se manifestou pelo indeferimento do HC – era relativo a um caso em que o STF, no ano de 1973, denegou um Hábeas Corpus impetrado para descaracterizar o “desnudamento total de busto feminino nas praias”, mais conhecido como *top less*, como crime de ato obsceno. Os argumentos utilizados pelo tribunal na época foram, conforme transcrito na ementa do acórdão, os de que (i) “a lei tutela o pudor coletivo, objetivamente considerado, pouco importando a concepção pessoal do agente a respeito da obscenidade da ação que praticou ou pretende praticar”, e de que (ii) “compete à

³⁹¹ “Art. 150. (...) § 3º Nos habeas corpus e recursos em matéria criminal, exceto o recurso extraordinário, havendo empate, prevalecerá a decisão mais favorável ao paciente ou réu”.

³⁹² Supremo Tribunal Federal, HC nº 83.966-7/RJ, fl. 331.

³⁹³ Cf. Supremo Tribunal Federal, HC nº 83.966-7/RJ, fls. 333-342.

³⁹⁴ Supremo Tribunal Federal, Segunda Turma, RHC nº 50.828/GB, Rel. Min. Barros Monteiro, Data de Julgamento: 12/03/1973, DJU de 09/04/1973.

autoridade pública aferir o sentimento médio de pudor coletivo”. De acordo um dos trechos citados no voto do Ministro Carlos Velloso:

(...) embora ninguém esteja obrigado a vestir-se de acordo com o figurino da polícia, a ninguém também é permitida ilimitada licenciosidade no modo de trajar. **A liberdade individual é um princípio relativo, que deve sofrer as restrições impostas pela comunidade, notadamente em matéria de costumes.** A recorrente contrapõe a sua concepção de pudor àquela ditada pela autoridade pública, no exercício da sua **função de protetora dos valores éticos da comunidade**, que ela legitimamente representa. Basta esta circunstância, se outras tantas não houvesse, para derruir a pretensão da recorrente. Se o assunto é polêmico (pelo menos em tese, já que **se presume represente o agente do poder público o sentimento médio de pudor coletivo**), não há cogitar de constrangimento ilegal remediável pela via do habeas corpus, que é **garantia constitucional destinada exclusivamente à proteção de direitos líquidos e certos** (...). Ao contrário do que supõe a recorrente, à configuração do questionado delito não se exige dolo específico, ou seja, a deliberada intenção de afronta ao pudor público, bastando a vontade pura e simples de praticar o ato, que se sabe obsceno, e a consciência da publicidade do lugar em que se dá a ocorrência. “Não é indispensável – leciona mestre Nelson Hungria – que o ato represente uma **expansão erótica** ou vise à **excitação da lascívia alheia**; desde que, sob o prisma objetivo, se apresente em **colisão com o pudor público**, ou idôneo a suscitar o sentimento comum de vergonha (*verecundia*), pouco importa que o agente, embora deva ter a consciência disso, haja procedido, por exemplo, *jocandi animo* ou *demonstrandí causa*, ou para exercer uma vingança, sem qualquer intuito de lubricidade” (...). Tudo faz crer seja contrário ao **sentimento ético da sociedade brasileira**, no seu atual estágio cultural, o comportamento reivindicado pela recorrente. Qualquer pessoa, que não alimente concepções extremadas e, portanto, visualize parcialmente o problema, pode perceber este embate que, com a generalização, advirão à **moral coletiva**, à **prudícia do homemedius**, que é, em última análise, **a força que empresta conteúdo à norma incriminadora** [sem grifo no original]³⁹⁵.

Após essas remissões à “prudícia do *homemedius*” e à “moral coletiva da sociedade”, além de outras relativas ao “ato de colisão com o pudor público”³⁹⁶ e ao “pudor sexual da sociedade como bem jurídico”³⁹⁷, que reforçavam o argumento de que “ao contrário do que sustenta a impetração, a conduta atribuída ao paciente na denúncia,

³⁹⁵ Supremo Tribunal Federal, HC nº 83.966-7/RJ, fls. 335-336.

³⁹⁶ Supremo Tribunal Federal, HC nº 83.966-7/RJ, fl. 339.

³⁹⁷ Supremo Tribunal Federal, HC nº 83.966-7/RJ, fl. 340.

pelo menos em tese, se ajusta ao tipo inscrito no art. 233 do Código Penal³⁹⁸, o Ministro concluiu que:

É certo, tal como afirmado pela impetração, que, em razão da evolução cultural, a nudez humana tem-se apresentado constantemente nos veículos de comunicação, mas nem por isso tem sido considerada ofensiva ao pudor público. No entanto, mesmo tendo isso em conta, bem como o local e circunstâncias em que a conduta foi praticada – interior de um teatro, às 2:00h – **parece-me prematuro concluir que a conduta do paciente, praticada fora do contexto teatral, não teria atingido o pudor público das pessoas que lá se encontravam para assistir a um espetáculo. Somente ao final da instrução é que o Judiciário poderá decidir, com base, inclusive, em novos elementos que forem colhidos, sobre a ocorrência ou não do delito** [sem grifo no original]³⁹⁹.

O voto do Ministro Gilmar Mendes, ratificado pelo Ministro Celso de Mello, foi o que definiu o julgamento do caso. Diante da situação concreta, o Ministro considerou que, “ainda que se cuide, talvez, de manifestação deseducada e de extremo mau gosto, tudo está a indicar um protesto ou uma reação – provavelmente grosseira – contra o público”⁴⁰⁰. Após analisar os argumentos da impetração – segundo a qual o objetivo do réu não foi o de ofender o “pudor sexual” da platéia, mas apenas o de demonstrar desprezo pelas suas vaia⁴⁰¹ – e de cotejar a conduta supostamente criminosa com o contexto da própria peça teatral – na qual uma das atrizes, inclusive, simulava uma masturbação⁴⁰² – ele concluiu que o ato não podia ser considerado crime, por estar inserido no “contexto da liberdade de expressão, ainda que inadequada e deseducada”:

Com efeito, **não se pode olvidar o contexto no qual se verificou o ato incriminado**. O roteiro da peça, resalte-se, envolveu até uma simulação de masturbação. Estava-se diante de um público adulto, às duas horas da manhã, no Estado do Rio de Janeiro. Difícil, pois, nesse contexto admitir que a conduta do paciente tivesse atingido o pudor

³⁹⁸ Supremo Tribunal Federal, HC nº 83.966-7/RJ, fl. 339.

³⁹⁹ Supremo Tribunal Federal, HC nº 83.966-7/RJ, fl. 341.

⁴⁰⁰ Supremo Tribunal Federal, HC nº 83.966-7/RJ, fl. 348.

⁴⁰¹ Supremo Tribunal Federal, HC nº 83.966-7/RJ, fls. 348-349.

⁴⁰² Supremo Tribunal Federal, HC nº 83.966-7/RJ, fl. 349.

público. A rigor, um exame objetivo da querela há de indicar que **a discussão está integralmente inserida no contexto da liberdade de expressão, ainda que inadequada ou deseducada**. De resto, observe-se que **a sociedade moderna dispõe de mecanismos próprios e adequados a esse tipo de situação, como a própria crítica, sendo dispensável, por isso, o enquadramento penal** [sem grifo no original]⁴⁰³.

Um fato curioso é que os Ministros Carlos Velloso (que já havia concedido a liminar) e Ellen Gracie, mesmo admitindo que concordavam parcialmente com o Ministro Gilmar Mendes, preferiram manter a decisão (paradoxal) de decidir não decidir, delegando, por assim dizer, o paradoxo da decisão às instâncias ordinárias, por serem elas as competentes para a instrução probatória do processo. Nas palavras do Ministro Carlos Velloso:

Sr. Presidente, vejo que o eminente Ministro Gilmar Mendes trouxe argumentos com os quais **posso até concordar**, mas não fazê-lo nos **estreitos limites do processo de habeas corpus**. Penso, conforme acentuei em meu voto, que a instrução – e assim também o decidiu a Câmara Recursal do Juizado Especial – torna-se necessária, justamente para se apurar o que o paciente fez – **afinal de contas foram atos que levaram, inclusive, um eminente jurista do Estado do Rio de Janeiro a dizer que a cultura carioca estava com as calças abaixadas** – era condizente com o ambiente. Na verdade, há notícia de que na ópera havia qualquer coisa nesse sentido, mas, ao que pude ler, parece-me que no sentido mais simbólico de uma masturbação feminina. Agora, o que o paciente fez foi totalmente diferente. **Ele se desnudou, grosseiramente, diante da platéia, com protestos de muitos. Penso que a questão exige apuração criteriosa, na instrução criminal. Creio que a questão não se resolva nos estreitos limites do habeas corpus**. Com essas breves considerações, peço licença para manter meu voto [sem grifo no original]⁴⁰⁴.

Já de acordo com a Ministra Ellen Gracie:

Sr. Presidente, gostaria de dizer que **concordo genericamente com aquilo que hoje foi exposto pelo eminente Ministro Gilmar Mendes. Considero que a exposição, pouco edificante e esteticamente questionável não ultrapassa, no entanto, segundo concluiu o eminente Ministro Gilmar Mendes – creio que talvez também o faça o juiz encarregado da instrução –, os limites de**

⁴⁰³ Supremo Tribunal Federal, HC nº 83.966-7/RJ, fls. 349-350.

⁴⁰⁴ Supremo Tribunal Federal, HC nº 83.966-7/RJ, fls. 354-355.

uma reação grosseira em relação às vaias do público. Parece-me demonstra um desprezo pela opinião desse público, que é a única e maior razão de existência das artes cênicas. **Figuras bem mais qualificadas – refiro-me apenas a Victor Hugo na estréia do Ernani, onde houve inclusive uma batalha campal – adotaram postura de humildade diante daqueles que não compreenderam, na época, as inovações introduzidas em suas criações.** De acordo com o eminente Relator, entendo **que a questão ficará bem dirimida no primeiro grau de jurisdição, não cabendo, desde logo, abortar a investigação que se procede.** Por isso confirmo o voto manifestado anteriormente [sem grifo no original]⁴⁰⁵.

Essa decisão de não decidir por causa dos “estritos limites” do Hábeas Corpus parece que funcionou aqui como uma espécie de fórmula de conveniência, por meio da qual os Ministros decidiram, com uma margem considerável de discricionariedade, o que queriam e o que não queriam decidir.

Será que os “limites” do HC são mesmo tão “estritos” assim? Os do Recurso Extraordinário, no caso da farra do boi, conforme visto acima, foram “largos” o suficiente para caber até mesmo o Jornal da Globo. E mesmo aqui, os limites do HC foram providencialmente dilatados para que a opinião do “eminente jurista do Estado do Rio de Janeiro”, segundo o qual “a cultura carioca estava com as calças abaixadas”, pudesse ser incluída na confirmação do voto do Ministro Carlos Velloso. E também para que o “relato histórico da humildade do escritor francês Victor Hugo” fosse incluído no voto da Ministra Ellen Gracie.

Que instrução probatória era essa tão necessária para comprovar a atipicidade da conduta do réu? Mesmo sendo o HC bastante “restrito” em “matéria eminentemente probatória”, não faltou espaço para as próprias valorações pessoais dos Ministros acerca do “crime em tese”.

⁴⁰⁵ Supremo Tribunal Federal, HC nº 83.966-7/RJ, fl. 356.

Para o Ministro Gilmar Mendes não foi tão difícil assim avaliar as provas dos autos, tendo em vista contextualizar o caso, ao invés de apenas considerá-lo em abstrato. Bastou, por assim dizer, apenas um pouco de boa vontade para que a conduta fosse analisada não apenas como uma incidência, em tese, de um tipo penal previsto em lei, mas sim como um ato concreto inserido em um contexto específico.

Os Ministros Carlos Velloso e Ellen Gracie parece que ignoraram o fato de que para interpretar (ou observar) um texto – isto é, para distinguir entre texto e sentido do texto –, é preciso também traçar uma distinção entre texto e contexto, tendo em vista observar o próprio sentido do texto, isto é, efetuar a distinção entre o texto e o seu sentido quando interpretado. E se todo texto só tem sentido em um contexto, pois a forma pressupõe, necessariamente, os dois lados, por que seria diferente com o Código Penal?

Ao contrário dos seus colegas de tribunal, o Ministro Gilmar Mendes, além da necessária e imprescindível contextualização da conduta, também utilizou criativamente o princípio constitucional da liberdade de expressão, sequer mencionado pelos demais Ministros, para concluir – efetivamente, e não apenas “em tese” – que o ato, obviamente, não podia ser considerado crime.

Para fundamentar essa conclusão, ele citou um precedente (RMS nº 18.534⁴⁰⁶) em que o STF, no ano de 1968, diferenciou a caracterização da obscenidade em razão do público alvo, admitindo a possibilidade de que (i) pessoas adultas pudessem ter acesso a “periódicos obscenos” e de que (ii) o juiz poderia adotar as “medidas razoáveis” para impedir a venda do material aos menores até o limite de idade que julgasse “conveniente”. De acordo com a ementa do acórdão:

⁴⁰⁶ Supremo Tribunal Federal, Segunda Turma, RMS nº 18.534, Rel. Min. Aliomar Baleeiro, Data de Julgamento: 01/10/1968.

Obscenidade e pornografia. O direito constitucional de livre manifestação do pensamento não exclui a punição penal, nem a repressão administrativa de material impresso, fotografado, irradiado ou divulgado por qualquer meio, para divulgação pornográfica ou obscena, nos termos e forma da lei. À falta de conceito legal do que é pornográfico, obsceno ou contrário aos bons costumes, a autoridade deverá guiar-se pela **consciência de homem médio de seu tempo**, perscrutando os propósitos dos autores do material suspeito, notadamente a ausência, neles, de qualquer valor literário, artístico, educacional ou científico que o redima de seus aspectos mais crus e chocantes. A apreensão de periódicos obscenos cometida ao Juiz de Menores pela Lei de Imprensa visa à proteção de crianças e adolescentes contra o que é impróprio à sua formação moral e psicológica, o que não importa em vedação absoluta do acesso de adultos que os queiram ler. Nesse sentido, **o Juiz poderá adotar medidas razoáveis que impeçam a venda aos menores até o limite de idade que julgar conveniente, desses materiais, ou a consulta dos mesmos por parte deles** [sem grifo no original]⁴⁰⁷.

O Ministro também citou o seguinte trecho do voto do Ministro Aliomar Baleeiro, relator do processo:

Mas o conceito de ‘obsceno’, ‘imoral’, ‘contrário’ aos bons costumes é condicionado ao local e à época. Inúmeras atitudes aceitas no passado são repudiadas hoje, do mesmo modo que aceitamos sem pestanejar procedimentos repugnantes às gerações anteriores. A Polícia do Rio, há 30 ou 40 anos não permitia que um rapaz se apresentasse de busto nu nas praias e parece que só mudou de critério quando o ex-Rei Eduardo VIII, então Príncipe de Gales assim se exibiu com o irmão em Copacabana. O chamado *bikini* (ou ‘duas peças’) seria inconcebível em qualquer praia do mundo ocidental, há 30 anos. Negro de braço dado com branca em público, ou propósito de casamento entre ambos, constituía crime e atentado aos bons costumes em vários Estados norte-americanos do Sul, até um tempo bem próximo do atual [sem grifo no original]⁴⁰⁸.

Ele mencionou, ainda, um trecho do voto do então Ministro Evandro Lins e Silva, segundo o qual o “conceito de obscenidade é variável no tempo e no espaço. O que era considerado obsceno, há bem pouco tempo, deixou de o ser, com a mudança de

⁴⁰⁷ Supremo Tribunal Federal, HC nº 83.966-7/RJ, fls. 351-352.

⁴⁰⁸ Supremo Tribunal Federal, HC nº 83.966-7/RJ, fl. 352.

costumes e o conhecimento que a juventude passou a ter de problemas que lhe eram proibidos estudar e conhecer, até recentemente”⁴⁰⁹.

Esse precedente é interessante não apenas porque diferencia a caracterização da obscenidade em razão do público alvo, mas também porque pressupõe que o próprio significado do que é e do que não é obsceno varia em função da época e do local – ou seja, do contexto (a distinção obsceno/não obsceno, como toda distinção, só se efetua no tempo) –, algo que parece não ter sido levado em consideração pelo Ministro Carlos Velloso, pois ele utilizou um precedente do início da década de 1970 para defender o argumento de que a conduta do réu, praticada mais de trinta anos depois, poderia ser classificada – ao menos “em tese”, é claro – como crime de ato obsceno.

O Ministro Gilmar Mendes também citou o princípio da necessidade – conforme visto acima, um dos subprincípios do princípio da proporcionalidade – para justificar, em certa medida, a atipicidade da conduta do réu:

É certo que a lei exerce um papel deveras relevante na ordem jurídica do Estado de Direito. Assinale-se, porém, que os espaços não ocupados pelo legislador não são dominados pelo caos ou pelo arbítrio. Embora a competência para editar normas, no tocante à matéria, quase não conheça limites (universalidade da atividade legislativa), a atividade legislativa é, e deve continuar sendo, uma atividade subsidiária. Significa dizer que o exercício da atividade legislativa está submetido ao **princípio da necessidade**, isto é, que a promulgação de **leis supérfluas e iterativas** configura abuso do poder de legislar. É que **a presunção de liberdade, que lastreia o Estado de Direito democrático, pressupõe um regime legal mínimo, que não reduza ou restrinja, imotivada ou desnecessariamente, a liberdade de ação no âmbito social**. As leis hão de ter, pois, um **fundamento objetivo**, devendo mesmo ser reconhecida a inconstitucionalidade das normas que estabelecem **restrições dispensáveis**. (...) Se essa orientação se aplica às **limitações gerais a direitos individuais**, com muito maior razão há de se aplicar ao direito penal [sem grifo no original]⁴¹⁰.

⁴⁰⁹ Supremo Tribunal Federal, HC nº 83.966-7/RJ, fls. 352-353.

⁴¹⁰ Supremo Tribunal Federal, HC nº 83.966-7/RJ, fl. 350.

Como fundamento da subsidiariedade da atividade legislativa em matéria penal, o princípio da necessidade acabou funcionando, de certo modo, como uma garantia a mais do “direito à imoralidade” (ou não criminalização da imoralidade), isto é, como forma de se reconhecer um limite à punição “desnecessária” de atos que, devido à presunção de liberdade que “lastreia o Estado de Direito democrático”, não podem ser classificados como crime.

No caso, a suposta obscenidade do réu foi protegida (ou neutralizada) pelo princípio da liberdade de expressão, aplicado de maneira criativa pelo Ministro Gilmar Mendes para impedir que a conduta fosse “desnecessariamente” criminalizada. A amoralidade jurídica prevaleceu, portanto, sobre a tentativa anacrônica e autoritária de moralizar o direito penal. Nas palavras do Ministro:

Sr. Presidente, eu gostaria de fazer uma pequena observação. É claro que jurisprudência pacífica da Corte – o Ministro Carlos Velloso ressaltou bem, e nós todos temos feito isso – é no sentido **de não se conceder a ordem quando a matéria envolver questões de fato que serão devidamente examinadas na fase instrutória**. Mas, como Vossa Excelência, inclusive, houve por bem ressaltar, estamos aqui com um **tipo marcadamente normativo**, envolvendo esses conceitos culturais fortíssimos. Isso se aplica muito à questão da **restrição dos direitos fundamentais em geral** – uma boa lembrança, que rocei no meu voto: esse **caráter subsidiário do princípio da reserva legal ou da atividade legislativa**. A lei, é claro, exerce um papel decisivo na sociedade moderna, no Estado atual, mas a presunção de liberdade que lastreia o Estado de Direito Democrático exige que esse seja um regime legal mínimo. Portanto, **devemos ter, talvez, uma cautela para não tentar criminalizar as condutas ou solver, mediante o direito penal, conflitos que podem ser resolvidos de outra maneira por uma sociedade madura. Daí ter colocado no meu voto a possibilidade de que a repulsa, a reprovação à semelhante atitude se traduza também por mecanismos sociais outros que não aqueles decorrentes da aplicação do direito penal** [sem grifo no original]⁴¹¹.

Ou seja, não é “necessário” utilizar o direito para distinguir o que é “bom” ou “mau” (ou obsceno/não obsceno) para a “moral pública” (ou “pudor coletivo”), mas

⁴¹¹ Supremo Tribunal Federal, HC nº 83.966-7/RJ, fls. 357-358.

sim para garantir que a “maldade” (ou obscenidade) não seja tratada diretamente como tema da comunicação jurídica, pois uma “sociedade madura” dispõe de outros mecanismos, que não o direito penal, para reprovar a eventual imoralidade das pessoas.

Todavia, esse conceito mesmo de necessidade (ou de princípio da necessidade) é um tanto quanto ambíguo. O Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, assim como também, embora de um modo mais sutil, outros Ministros do tribunal, não consideraram desnecessário processar criminalmente o réu. O que é necessário ou desnecessário do ponto de vista legislativo para que as leis possam ser consideradas “supérfluas” e “iterativas”, caracterizando, assim, um “abuso no poder de legislar”? Como medir, no caso, a “necessidade do direito penal”?

Por mais absurdo que possa parecer, essa desnecessidade não foi tão óbvia e patente assim para alguns. No caso específico, não seria possível sustentar também a alegação de que havia um conflito ou colisão entre o princípio constitucional da liberdade de expressão e a moralidade pública, enquanto bem jurídico relevante da comunidade? Se os direitos fundamentais são, em geral, passíveis de limitação, a liberdade de expressão não pode sofrer algumas restrições devido à necessidade de preservação da moral coletiva da sociedade? Nada impede que a proporcionalidade seja utilizada, a depender do caso e do “peso relativo dos valores”, de uma forma bastante “desproporcional”, talvez até “desnecessária”. Ela não está acima do “bem” e do “mal”. O paradoxo sempre reaparece.

A sociedade moderna, como disse o Ministro Gilmar Mendes, é uma “sociedade madura”, que não precisa, portanto, de um “pai” (seja ele um policial, um tribunal ou qualquer outra autoridade pública) para ponderar os seus valores,

censurando, por exemplo, a sua obscenidade. Afinal de contas, “mostrar a bunda não é crime”.

Retornando um pouco ao caso do *top less* (ou “desnudamento total de busto feminino nas praias”), julgado pelo STF há mais de 30 anos e citado no voto do Ministro Carlos Velloso, é bom lembrar que os argumentos e expressões utilizados foram: “a liberdade individual é um princípio relativo que deve sofrer as restrições impostas pela comunidade”, “colisão com o pudor público”, “tutela do pudor coletivo objetivamente considerado”, “autoridade pública como protetora dos valores éticos da comunidade”, “agente do poder público como representante do sentimento médio de pudor coletivo”. Qualquer semelhança com as idéias ou teses da “moderna doutrina constitucional” sobre “ponderação de bens”, “balanceamento de valores”, “colisão de princípios”, “restrições e limitações a direitos”, “núcleo essencial ou conteúdo objetivo dos direitos fundamentais”, “razoabilidade” e “proporcionalidade” é apenas uma mera coincidência (ou não, já que todas as operações do sistema são sempre o produto de um estado histórico anterior).

CONCLUSÃO

De acordo com o físico alemão Heinz von Förster: “o paradoxo é aquilo que mina as bases da legitimidade do ortodoxo”⁴¹². Essa definição remonta a uma tradição retórica, em que a figura dos paradoxos era utilizada como técnica para abalar crenças consolidadas, para sacudir o senso comum, para desmistificar dogmatismos e receitas fechadas⁴¹³.

Em certa medida, esse foi o objetivo desta dissertação: explorar a estrutura paradoxal dos princípios constitucionais como forma de demonstrar a artificialidade e a contingência daquilo que geralmente é dado como pressuposto, que nem sempre é tematizado, que é comumente percebido como natural e necessário.

Não se trata de um objetivo pretensioso. Nenhuma observação está acima da realidade. Observar os paradoxos da realidade significa modificar (ou construir) a própria realidade. Inserir uma assimetria que antes não estava presente. Provocar uma distorção que contribui para tornar manifesto algo que já estava latente.

Os princípios constitucionais representam uma invenção artificial que permite ao sistema jurídico ocultar os seus próprios paradoxos. Descrever a artificialidade dos princípios não significa menosprezar a sua importância, como se eles fossem artificios quaisquer, dos quais se poderia, eventualmente, abrir mão. Os princípios são importantes porque possuem uma história que se confunde com a história da própria sociedade moderna e do seu direito positivo.

⁴¹² Apud. De Giorgi (2006, p. 113).

⁴¹³ Luhmann (2005a, p. 192-193). Sobre essa tradição retórica, bastante comum no século XVI, após o surgimento da imprensa e a reforma protestante e durante as guerras civis, cf. Luhmann (2002, p. 80-82 e 88-89).

A história da sociedade moderna é a história do predomínio da diferenciação funcional como forma de organização básica de uma sociedade plural e hipercomplexa, que depende apenas de si mesma e não respeita mais ontologias e idealizações metafísicas. Uma história na qual o direito não se confunde com a moral, pois deve servir, inclusive, para garantir juridicamente um amplo espaço de liberdade para os comportamentos supostamente imorais (ou amorais). História na qual governabilidade e crescimento econômico não podem, até mesmo por limites estruturais e organizacionais, ser questões de interesse jurídico imediato, já que expectativas normativas são estruturadas e imunizadas, em boa parte dos casos, exatamente em oposição ao aprendizado de natureza política e econômica.

A diferenciação funcional da sociedade moderna, a positividade do seu sistema jurídico e a artificialidade dos seus princípios constitucionais são justamente o que permite observar os riscos de uma leitura moral autoritária da constituição e de uma instrumentalização pragmáticas dos seus princípios.

Como fórmulas paradoxais derivadas do constitucionalismo moderno e das reflexões produzidas pela teoria jurídica contemporânea, os princípios constitucionais são artificios que tornam possível a utilização criativa dos paradoxos do direito na construção de decisões capazes de abrir democraticamente o sistema para o futuro. O paradoxo funciona, aqui, como uma forma do tempo, cujo outro lado constitui um futuro em aberto⁴¹⁴. Uma forma que permite a contínua construção presente de um futuro sempre indeterminado.

Os paradoxos são criativos, mas não necessariamente arbitrários. Não é possível ocultá-los de qualquer modo, assim como também não é possível modificar

⁴¹⁴ Luhmann (2005a, p. 193-194).

todo o direito de uma única vez. O sistema pressupõe uma estrutura e uma história que delimitam o seu presente e influenciam o seu futuro. Uma história e uma estrutura contingentes e artificiais, mas não por isso irrelevantes.

Mesmo que ocultado de forma aparentemente arbitrária, o paradoxo sempre reaparece, ainda que apenas para manifestar a arbitrariedade latente das estratégias sempre provisórias de desparadoxização, para desconstruir a naturalidade e a necessidade da solidez de uma determinada construção, para “minar as bases da legitimidade do ortodoxo”.

Partindo dessas considerações, foi possível constatar que estratégias autoritárias e pragmáticas de desparadoxização são inadequadas quando confrontadas com a estrutura aberta e diferenciada da sociedade moderna e com o funcionamento historicamente contrafático e amoral do seu sistema jurídico. Procurou-se demonstrar essa inadequação a partir da observação de algumas observações do Supremo Tribunal Federal. Os três casos analisados puderam, então, servir como exemplo dos riscos e limites de um ocultamento autoritário e pragmático dos paradoxos.

Nos dois primeiros casos, o princípio da proporcionalidade ou razoabilidade foi o artifício utilizado pelo STF para ocultar o seu autoritarismo e pragmatismo. No caso do apagão, a proporcionalidade serviu para fundamentar uma restrição genérica e abstrata aos direitos do consumidor, com base em um cálculo pragmático bastante superficial e duvidoso acerca do modo como as conseqüências externas da decisão poderiam afetar a situação crítica de escassez econômica no fornecimento de energia e o suposto apoio da população à política de racionamento. No caso da farra do boi, a razoabilidade foi citada, de forma lacônica, apenas para justificar a valoração pessoal dos Ministros, segundo a qual a farra do boi, por ser um costume “notoriamente cruel”

de pessoas movidas por “paixões condenáveis”, deveria ser terminantemente proibida, já que, de acordo com os “valores maiores da constituição”, o princípio da preservação da fauna deveria prevalecer, de modo absoluto e nada ponderado, em relação ao princípio da proteção das manifestações culturais.

Já no caso Gerald Thomaz, a proporcionalidade, apesar de citada, não foi, ao que tudo indica, tão importante para o desfecho do julgamento. Bastou aplicar criativamente o princípio constitucional da liberdade de expressão para concluir que a conduta do réu não podia ser classificada como crime. A menção do Ministro Gilmar Mendes à “necessidade do direito penal”, além de ambígua e aparentemente supérflua, serviu apenas para exemplificar os riscos de uma argumentação moral autoritária na aplicação do princípio da proporcionalidade.

A proporcionalidade não constitui, por natureza, o “princípio dos princípios” ou o “limite dos limites”. Uma espécie de fórmula mágica auto-evidente capaz de solucionar, por si só, de modo objetivo e racional, todos os casos em que se verifique uma suposta colisão ou conflitos entre princípios ou em que seja necessário limitar a limitação de um direito fundamental. No caso do apagão, a restrição aos direitos do consumidor foi justificada, de maneira pragmática, por argumentos puramente políticos e econômicos, juridicizados, por assim dizer, com o auxílio da proporcionalidade. E no caso da farra do boi, a razoabilidade foi citada como se a prevalência da preservação da fauna sobre os direitos culturais fosse algo evidente, e não apenas o resultado de uma decisão autoritária do tribunal.

A partir da análise dessas decisões, foi possível observar como o Supremo Tribunal Federal não costuma ver que não vê aquilo que ele não vê. Ou seja, que não há nada de natural ou necessário nos critérios supostamente “proporcionais”, “razoáveis” e

“ponderados” de que se vale para fundamentar suas decisões, para ocultar o paradoxo. Que a proporcionalidade constitui apenas uma estratégia artificial e contingente de desparadoxização. Uma estratégia que tem se mostrado inadequada, pois comumente utilizada para disfarçar juridicamente o autoritarismo e o pragmatismo do tribunal.

Ao contrário do que sugere a fórmula da proporcionalidade, os princípios constitucionais não são necessariamente ou naturalmente valores que devam ser ponderados a partir de relações do tipo meio/fim ou custo/benefício. Identificá-los com valores significa, literalmente e também logicamente, admitir que eles podem ser utilizados tanto para o “bem” quanto para o “mal”, a depender do observador que distingue o que é “bom” do que é “mau”. Afinal de contas, sem o “mal” não haveria o “bem”, pois a distinção só faz sentido como uma forma de dois lados (e sempre de dois lados).

Uma identificação entre princípios, valores e fins é prejudicial para a própria consistência das decisões jurídicas, na medida em que a exigência de igualdade no tratamento dos casos passa a depender das avaliações morais particulares e das prognoses empíricas precárias do juiz. “Escassez econômica”, “aprovação popular”, “crueldade notória” e “necessidade punitiva” não são, certamente, fatores que possam servir como um indicativo da consistência de uma decisão, mas apenas do seu caráter autoritário e pragmático.

A sociedade moderna não possui uma instância central de integração moral, razão pela qual nenhum juiz ou tribunal está em condições de refletir ou ponderar nada que se assemelhe a uma moral coletiva, que pode ser, quando muito, apenas a invenção artificial de um moralista “mal” intencionado. O sistema jurídico também não é capaz de servir como um instrumento de engenharia social, pois o juiz não está em condições

de controlar as conseqüências das suas decisões. Quando as finalidades eventualmente ponderadas não se concretizam, a decisão não perde a sua validade por causa disso.

Os princípios constitucionais são, na “realidade”, o décimo segundo camelo. São fórmulas de redundância compatíveis com altos níveis de variedade. Construções paradoxais altamente operativas, que permitem manter o sistema constantemente aberto para o futuro. A sua indeterminação semântica é o que constitui a sua riqueza estrutural. O conteúdo, embora possa ser relevante em situações concretas, é sempre variável. Eles não possuem, necessariamente, qualquer “limite imanente”, qualquer “núcleo essencial”, qualquer conteúdo moral fixo. Assim como curingas em um baralho, podem ser utilizados criativamente nos mais diversos casos e situações possíveis⁴¹⁵. Como na “biblioteca infinita” de Jorge Luis Borges:

(...) digo que não é ilógico pensar que o mundo é infinito. Aqueles que o julgam limitado postulam que em lugares remotos os corredores e escadas e hexágonos podem inconcebivelmente cessar – o que é absurdo. Aqueles que o imaginam sem limites esquecem que os abrange o número possível de livros. Atrevo-me a insinuar esta solução para o antigo problema: *A Biblioteca é ilimitada e periódica*. Se um eterno viajante a atravessasse em qualquer direção, comprovaria ao fim dos séculos que os mesmos volumes se repetem na mesma desordem (que, reiterada, seria uma ordem: a Ordem). Minha solidão alegra-se com essa elegante esperança.

⁴¹⁵ Devo essa metáfora ao amigo e orientador Cristiano.

BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert (1988). Sistema jurídico, principios jurídicos e razón práctica. *Doxa*. N. 5, 1988.

_____ (2003). Constitutional rights, balancing and rationality. *Ratio Juris*. V. 16, N. 2, junho de 2003.

ANDERSEN, Niels Åkerstrøm (2003). *Discursive analytical strategies*. Bristol: The Policy Press, 2003.

ARAUJO PINTO, Cristiano Otávio Paixão (2002). *Modernidade, tempo e direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

_____ (2003). Arqueologia de uma distinção: o público e o privado na experiência histórica do direito. In: PEREIRA, Cláudia Fernanda de Oliveira (org.). *O novo direito administrativo brasileiro: o Estado, as agências e o terceiro setor*. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

_____ (2004). *A reação norte-americana aos atentados de 11 de setembro e seu impacto no constitucionalismo contemporâneo: um estudo a partir da teoria da diferenciação do direito*. Tese de Doutorado em Direito Constitucional. Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2004.

_____ (2006). A constituição subtraída. *Constituição & Democracia*. Brasília, N. 1, janeiro de 2006.

ATIENZA, Manuel, MANERO, Juan Ruiz (1991). Sobre principios y reglas. *Doxa*. N. 10, 1991.

ATLAN, Henri (1994). *Com razão ou sem ela: intercrítica da ciência e do mito*. Trad. Fátima Leal Gaspar e Carlos Gaspar. Lisboa: Instituto Piaget, 1994.

BARCELLOS, Ana Paula de, BARROSO, Luís Roberto (2005). O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In:

SILVA, Virgílio Afonso da (org.). *Interpretação Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005.

BARALDI, Claudio, CORSI, Giancarlo, ESPOSITO, Elena (1996). *Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann*. Trad. Miguel Romero Pérez y Carlos Villalobos. México: Universidad Iberoamericana, 1996.

BARROS, Suzana de Toledo (2003). *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 3ª ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

BECK, Ulrich (2003). *Liberdade ou capitalismo: Ulrich Beck conversa com Johannes Willms*. Trad. Luiz Antônio Oliveira de Araújo. São Paulo: UNESP, 2003.

BECK, Ulrich, GIDDENS, Anthony, LASH, Scott (1997). *Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna*. Trad. Magda Lopes. São Paulo: UNESP, 1997.

BENVINDO, Juliano Zaiden (2006). O Judiciário, o autoritarismo e o ofuscamento da Constituição. *Constituição & Democracia*. Brasília, N. 4, maio de 2006.

BERMAN, Harold J. (1996). *La formación de la tradición jurídica de occidente*. Trad. Mónica Utrilla de Neira. México: Fondo de Cultura Económica, 1996.

BIGLIAZZI, Renato (2005). *A “constituição antiga” e o “jugo normando” : prenúncios da supremacia da Constituição na Inglaterra do século XVII à luz da teoria da diferenciação do direito de Niklas Luhmann*. Monografia Final de Curso. Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. Brasília, 2005.

BOBBIO, Norberto (1995). *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Trad. Márcio Pugliesi, Edson Bisi e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

BONAVIDES, Paulo (2002). *Curso de direito constitucional*. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

CAMPILONGO, Celso Fernandes (2000). *O direito na sociedade complexa*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

_____ (2002). *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

CARVALHO NETTO, Menelick de (1998). A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado democrático de direito. *Revista Notícia do Direito Brasileiro*. Brasília, Editora da UnB, N. 6, julho/dezembro de 1998.

_____ (2001). A contribuição do direito administrativo enfocando da ótica do administrado para uma reflexão acerca dos fundamentos do controle de constitucionalidade das leis no Brasil: um pequeno exercício de teoria da constituição. *Revista Fórum Administrativo*. Belo Horizonte, Editora Fórum Administrativo, Ano 1, N. 1, março de 2001.

_____ (2003). A hermenêutica constitucional e os desafios postos aos direitos fundamentais. In: SAMPAIO, José Adécio Leite. *Jurisdição constitucional e os direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

_____ (2006a). As lições da revisão. *Constituição & Democracia*. Brasília, N. 1, janeiro de 2006.

_____ (2006b). Eleições, direito e política. *Constituição & Democracia*. Brasília, N. 7, setembro de 2006.

CLAM, Jean (2005). A autopoiese no direito. In: CLAM, Jean, ROCHA, Leonel Severo, SCHWARTZ, Germano. *Introdução à teoria do sistema autopoietico do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

COELHO, Inocêncio Mártires (2003). *Interpretação constitucional*. 2ª ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2003.

CORSI, Giancarlo (2001). Sociologia da Constituição. Trad. Juliana Neuenschwander Magalhães. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*. Belo Horizonte, N. 39, janeiro/junho de 2001.

COSTA, Alexandre Bernardino (2006). Poder constituinte e democracia: um debate necessário. *Constituição & Democracia*. Brasília, N. 1, janeiro de 2006.

COURA, Alexandre de Castro (2004). Limites e possibilidades da tutela jurisdicional no paradigma do Estado democrático de direito: para uma análise crítica da “jurisprudência dos valores”. In: CATTONI, Marcelo (coord.). *Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado democrático de direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

DE GIORGI, Raffaele (1998). *Direito, democracia e risco: vínculos com o futuro*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1998.

_____ (2006). *Direito, tempo e memória*. Trad. Guilherme Leite Gonçalves. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

DERRIDA, Jacques (1992). Fuerza de ley: el “fundamento místico de la autoridad”. *Doxa*. N. 11,1992.

DWORKIN, Ronald (2002). *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____ (2003). *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____ (2005). *Uma questão de princípio*. Trad. Luís Carlos Borges. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

EISENBERG, José (2006). Pragmatismo Jurídico. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (coord.). *Dicionário de filosofia do direito*. Rio de Janeiro e São Leopoldo: Renovar e Unisinos, 2006.

FIORAVANTI, Maurizio (2001). *Constitución: de la antigüedad a nuestros días*. Trad. Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta, 2001.

GORDON, Scott (2002). *Controlling the state – constitutionalism from ancient Athens to today*. Cambridge: Harvard University Press, 2002.

GÜNTHER, Klaus (1995). Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica. Trad. Juan Carlos Velasco Arroyo. *Doxa*. N. 17-18, 1995.

HABERMAS, Jürgen (1997). *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Vol. I. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

_____ (2005). *Diagnósticos do tempo: seis ensaios*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2005.

HART, Herbert (2005). *O conceito de direito*. Trad. Armindo Ribeiro Mendes. 4ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.

KELSEN, Hans (2006). *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. 7ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LUHMANN, Niklas (1973). *Ilustración sociológica y otros ensayos*. Buenos Aires: SUR, 1973.

_____ (1982a). *The differentiation of society*. Trad. Stephen Holmes and Charles Larmore. New York: Columbia University Press, 1982.

_____ (1982b). World society as a social system. *International Journal of General System*. Vol. 8, N. 2, 1982.

_____ (1983a). *Sistema jurídico y dogmática jurídica*. Trad. Ignacio de Otto Pardo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

_____ (1983b). *Sociologia do direito I*. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

_____ (1985). *Sociologia do direito II*. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985.

_____ (1988). The third question: the creative use of paradox in law and legal history. *Journal of Law and Society*. Vol. 15, N. 2, 1988.

_____ (1989). Law as a social system. *Northwestern Law Review*. Chicago: Northwestern University, Vol. 83, N. 1-2, 1989.

_____ (1990a). *Essays on self-reference*. New York: Columbia University Press, 1990.

_____ (1990b). A Posição dos Tribunais no Sistema Jurídico. Trad. Peter Naumann. *Revista da Ajuris*. Porto Alegre, N. 49, julho de 1990.

_____ (1992). Operational closure and structural coupling: the differentiation of the legal system. *Cardozo Law Review*. New York, NY Editorial Office, Vol. 13, N. 5, 1992.

_____ (1993a). The code of moral. *Cardozo Law Review*. Vol. 14, N. 3-4, 1993.

_____ (1993b). *Das Recht der Gesellschaft*. Frankfurt: Suhrkamp, 1993 (versão traduzida para o espanhol fornecida pelo professor Javier Torres Nafarrate apenas para fins acadêmicos).

_____ (1994a). El futuro de la democracia. In: LUHMANN, Niklas. *Teoría política en el Estado de bienestar*. Trad. Fernando Vallespín. Madrid: Alianza Editorial, 1994.

_____ (1994b). *Teoría política en el Estado de bienestar*. Trad. Fernando Vallespín. Madrid: Alianza Editorial, 1994.

_____ (1996a). *Introducción a la teoría de sistemas*. Publicado por Javier Torres Nafarrate. México: Universidad Iberoamericana, 1996.

_____ (1996b). La costituzione come acquisizione evolutiva. In: ZAGREPELSKY, Gustasvo, PORTINARO, Pier Paolo, LUTHER, Jörg. *Il futuro della costituzione*. Torino: Einaudi, 1996 (versão traduzida para o português fornecida pelo professor Menelick de Carvalho Netto apenas para fins acadêmicos).

_____ (1997). *Niklas Luhmann: a nova teoria dos sistemas sociais*. Organização de Clarissa Eckert Baeta Neves e Eva Machado Barbosa Samios. Trad. Eva Machado Barbosa Samios. Porto Alegre: Ed. Universidade/UFRGS e Goethe-Institut/ICBA, 1997.

_____ (2002). *Theories of distinction: redescribing the descriptions of modernity*. Trad. Joseph O'Neil, Elliott Schreiber, Kerstin Behnke and William Whobrey. Stanford: Stanford University Press, 2002.

_____ (2004). A restituição do décimo segundo camelo: do sentido de uma análise sociológica do direito. In: *Niklas Luhmann: do sistema social à sociologia jurídica*. Organização de André-Jean Arnaud e Dalmir Lopes Júnior. Trad. Dalmir Lopes Júnior, Daniele Andréia da Silva da Silva Manão e Flávio Elias Riche. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004.

_____ (2005a). *A realidade dos meios de comunicação*. Trad. Ciro Marcondes Filho. São Paulo: Paulus, 2005.

_____ (2005b). *Risk: a sociological theory*. Trad. Rhodes Barret. New Brunswick: Aldine Transaction, 2005.

LUHMANN, Niklas, DE GIORGI, Raffaele (1994). *Teoria della società*. 6ª ed. Milano: Aldine Franco Angeli, 1994.

MACCORMICK, Neil (1983). On legal decisions and their consequences: from Dewey to Dworkin. *New York University Law Review*. N. 58, 1983

_____ (2006). *Argumentação jurídica e teoria do direito*. Trad. Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MADDOX, Graham (1995). Constitution. In: FARR, James, BALL, Terence, HANSON, Russell L. (ed.). *Political innovation and conceptual change*. Cambridge: Cambridge University Press, 1995.

MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander (1997). O uso criativo dos paradoxos do direito: a aplicação dos princípios gerais do direito pela Corte de Justiça Européia. In: ROCHA, Leonel Severo (org.). *Paradoxos da auto-observação: percursos da teoria jurídica contemporânea*. Curitiba: JM Editora, 1997.

_____ (1998). Sobre a interpretação jurídica. *Revista de Direito Comparado*. Belo Horizonte, Editora da Faculdade de Direito da UFMG, Vol. 3, 1998.

_____ (2001). The paradox of popular sovereignty as a time paradox. Programme and abstractbook pluralism and law. Amsterdam: Vrije Universiteit, 2001 (versão em português fornecida pela professora Juliana Neuenschwander Magalhães).

_____ (2002). Interpretando o direito como um paradoxo: observações sobre o giro hermenêutico da ciência jurídica. In: BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu, RODRIGUEZ, José Rodrigo (org.). *Hermenêutica plural: possibilidades jusfilosóficas em contextos imperfeitos*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

MAIA, Paulo Sávio Peixoto (2006). Reações sobre a chamada “politização do STF”. *Constituição & Democracia*. Brasília, N. 2, março de 2006.

MAUS, Ingeborg (2000). Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. *Novos Estudos*. São Paulo, N. 58, novembro de 2000.

MCILWAIN, Charles Howard (1969). *Constitutionalism and the changing world*. Cambridge: Cambridge University Press, 1969.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de (2002). *Curso de Direito Administrativo*. 14^a ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira (2004). *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 3^a ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

NICOLA, Daniela Ribeiro Mendes (1997). Estrutura e função do direito na teoria da sociedade. In: ROCHA, Leonel Severo (org.). *Paradoxos da auto-observação: percursos da teoria jurídica contemporânea*. Curitiba: JM Editora, 1997.

RASCH, William (2000). *Niklas Luhmann's modernity: the paradoxes of differentiation*. Stanford: Stanford University Press, 2000.

ROSENFELD, Michel (2001). The rule of law and the legitimacy of constitutional democracy. *Working Paper Series*. N° 36. New York: Cardozo Law School, march 2001.

SILVA, José Afonso da (2003). *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 6^a ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

SOUSA JR., José Geraldo de (org.) (1993). *Introdução crítica ao direito*. Série o direito achado na rua. Vol. 1. 4^a ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1993.

_____ (2006). Defesa da constituição. *Constituição & Democracia*. Brasília, N. 1, janeiro de 2006.

STONER JR., James R. (1992). *Common law & liberal theory: Coke, Hobbes, & the origins of american constitutionalism*. Kansas: University Press of Kansas, 1992.

STOURZH, Gerald (1988). Constitution: changing meanings of the term from the early seventeenth to the late eighteenth century. In: BALL, Terence, POCOCK, John Greville Agard (ed.). *Conceptual change and the constitution*. Kansas: University Press of Kansas, 1988.

VERSCHRAEGEN, Gert (2002). Human rights and modern society: a sociological analysis from the perspective of systems theory. *Journal of Law and Society*. Vol. 29, N. 2, June 2002.

WOOD, Gordon (1998). *The creation of the american republic – 1779-1787*. Chapel Hill and London: The University of North Carolina Press, 1998.

_____ (1999). The origins of judicial review revisited, or how the Marshall Court made more out of less. *Washington and Lee Law Review*. Summer, 1999.