

DIREITO.UnB

Revista de Direito da Universidade de Brasília
University of Brasília Law Journal

V. 02, N. 01

janeiro – abril de 2016

ARTIGOS // ARTICLES

KARL-HEINZ LADEUR

ARTUR STAMFORD DA SILVA

OLIVER EBERL, FLORIAN RODL

CLAUDIA ROSANE ROESLER

VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA



UnB



DIREITO

Revista de Direito da Universidade de Brasília
University of Brasília Law Journal

revista vinculada ao programa de pós-graduação
em Direito da Universidade de Brasília

janeiro – abril de 2016, volume 2, número 1

CORPO EDITORIAL

EDITOR-CHEFE

Juliano Zaiden Benvindo Universidade de Brasília, Brasil

EDITORES

Alexandre Veronese Universidade de Brasília, Brasil

George Rodrigo Bandeira Galindo Universidade de Brasília, Brasil

Marcelo Neves Universidade de Brasília, Brasil

EDITORES ASSOCIADOS

Ana Lúcia Sabadell Universidade Federal do Rio de Janeiro, Brasil

Ángel Oquendo Universidade de Connecticut, Estados Unidos

Emilios Christodoulidis Universidade de Glasgow, Escócia

José Octávio Serra Van-Dúnem Universidade Agostinho Neto, Angola

Kimmo Nuotio Faculdade de Direito da Universidade de Helsinque

Leonel Severo Rocha Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Brasil

Masayuski Murayama Universidade Meiji, Japão

René Fernando Urueña Hernandez Universidad de Los Andes, Colômbia

Miguel Nogueira de Brito Universidade Clássica de Lisboa, Portugal

Nelson Juliano Cardoso Matos Universidade Federal do Piauí, Brasil

Paulo Weyl Universidade Federal do Pará, Brasil

Thomas Vesting Universidade Johann Wolfgang Goethe, Alemanha

Virgílio Afonso da Silva Universidade de São Paulo, Brasil

SECRETÁRIA EXECUTIVA

Nathaly Mancilla Órdenes

ASSESSORES EXECUTIVOS

Ana Carolina Couto; José Nunes de Cerqueira Neto;

Matheus Barra de Souza

EQUIPE DE EDIÇÃO DE TEXTO

Ana Carolina Couto; José Nunes de Cerqueira Neto; Luciana Fernandes

Coelho; Matheus Barra de Souza; Nathaly Mancilla Órdenes

PROJETO GRÁFICO E DIAGRAMAÇÃO

André Maya Monteiro

Esteban Pinilla

ASSISTENTE

Vitor Teles Ferreira

DIREITO.UnB

Revista de Direito da Universidade de Brasília
University of Brasília Law Journal

V. **02**, N. **01**

janeiro – abril de 2016



UnB



DIREITO

DIREITO.UnB

Revista de Direito da Universidade de Brasília
University of Brasília Law Journal

V. **02**, N. **01**

janeiro – abril de 2016

NOTA EDITORIAL // EDITORIAL	08–10
ARTIGOS // ARTICLES	11–118
A RELAÇÃO ENTRE DIREITO PÚBLICO E NORMAS SOCIAIS NO CONSTITUCIONALISMO — NACIONAL, EUROPEU E GLOBAL	12–26
// THE RELATIONSHIP BETWEEN PUBLIC LAW AND SOCIAL NORMS IN CONSTITUTIONALISM — DOMESTIC, EUROPEAN, AND GLOBAL	
Karl-Heinz Ladeur	
TEORIA REFLEXIVA DA DECISÃO JURÍDICA: DIREITO, MUDANÇA SOCIAL E MOVIMENTOS SOCIAIS	27–52
// REFLEXIVE LEGAL DECISION THEORY: LAW, SOCIAL CHANGE AND SOCIAL MOVEMENTS	
Artur Stamford da Silva	
SOBRE A ECONOMIA POLÍTICA DA TRANSNACIONALIZAÇÃO DA SOBERANIA POPULAR	53–78
// ON THE POLITICAL ECONOMY OF THE TRANSNATIONALIZATION OF POPULAR SOVEREIGNTY	
Oliver Eberl & Florian Rodl	
ENTRE O PAROXISMO DE RAZÕES E A RAZÃO NENHUMA: PARADOXOS DE UMA PRÁTICA JURÍDICA	79–95
// BETWEEN THE PAROXYSM OF REASONS AND NO REASON AT ALL: PARADOXES OF A LEGAL PRACTICE	
Claudia Rosane Roesler	
O SUPREMO TRIBUNAL PRECISA DE IOLAU: RESPOSTA ÀS OBJEÇÕES DE MARCELO NEVES AO SOPESAMENTO E À OTIMIZAÇÃO	96–118
// THE BRAZILIAN SUPREME COURT NEEDS IOLAUS: A REPLY TO MARCELO NEVES' OBJECTIONS TO BALANCING AND OPTIMIZATION	
Virgílio Afonso da Silva	

NOTA EDITORIAL
// EDITORIAL

Direito.UnB, agora em seu segundo volume, apresenta uma série de artigos de elevada qualidade, criteriosamente selecionados, no intuito de divulgar o que há de melhor, nacional e internacionalmente, na área do direito. Da mesma forma que em seu volume anterior, todos os artigos são disponibilizados em língua portuguesa e inglesa, pois partimos do pressuposto que é fundamental difundir a produção acadêmica para todo o mundo.

Este segundo volume, todavia, já se apresenta com grandes modificações. Primeiramente, seguindo os parâmetros das principais revistas internacionais, a revista passa a ser quadrimestral, apresentando três números para cada volume. Ao mesmo tempo, cada número terá um número reduzido de artigos, exatamente para que a seleção seja ainda mais rigorosa e o fluxo de publicação da revista, mais atualizado.

Nesse intuito, o primeiro número deste volume traz à comunidade acadêmica cinco artigos. Abre este número o artigo *A Relação entre Direito Pública e Normas Sociais no Constitucionalismo Nacional, Europeu e Global*, de autoria de Karl-Heinz Ladeur, da Universidade de Hamburgo na Alemanha. Impactante, seu artigo traz uma interessante análise de como o processo de transformação do direito estatal, no contexto de fragmentação do Estado, também decorre de mecanismos internos próprios das sociedades contemporâneas, especialmente pelo incremento de instabilidade nas normas sociais. Sua análise cuidadosa, passando por distintas nuances dessas modificações nas normas sociais, abre novos campos de problematização no âmbito do direito constitucional e do direito internacional.

Na sequência, Artur Stamford da Silva, em seu artigo *Teoria Reflexiva da Decisão Jurídica: Direito, Mudança Social e Movimentos Sociais*, traz um estudo fascinante sobre a relação entre sistema do direito e seu ambiente a partir da observação da influência dos pleitos dos movimentos sociais nas decisões judiciais. Com forte abordagem a partir da teoria da sociedade de Niklas Luhmann e vários exemplos concretos, o texto traz uma perspectiva inovadora que desafia algumas das conclusões normalmente trazidas pelas correntes tradicionais das teorias da argumentação jurídica.

O terceiro artigo, intitulado *Sobre a Economia Política da Transnacionalização da Soberania Popular*, de Oliver Eberl e Florian Rodl, promove um interessante debate sobre soberania popular. Especialmente a partir de um confronto com as teorias de Jürgen Habermas e Ingeborg Maus, os autores buscam demonstrar que não é possível discutir o tema da soberania popular sem uma clara dimensão da economia política, sobretudo em um contexto de fragmentação da sociedade global.

Cláudia Roesler discute, em seu artigo *Entre o Paraxismo de Razões e a Razão Nenhuma: Paradoxos de uma Prática Jurídica*, a carência de racionalidade, conforme os parâmetros da Teoria da Argumentação Jurídica, no âmbito das decisões judiciais dos tribunais superiores brasileiros. Trata-se de uma pesquisa rica que não somente expõe alguns dos sérios problemas argumentativos presentes nas decisões judiciais, como também realiza um diagnóstico das possíveis causas dessa prática no Brasil.

Por fim, este número da Revista Direito.UnB termina com o instigante artigo de Virgílio Afonso da Silva, cujo título provocativo — *O Supremo Tribunal Federal precisa de Iolau* — já indica o roteiro que se desenha.

Por intermédio de uma análise cuidadosa e crítica da obra *Entre Hidra e Hércules*, de Marcelo Neves, o autor busca demonstrar que, apesar das interessantes e inovadoras propostas trazidas por Neves, no fundo, as objeções por ele trazidas não se sustentam e tampouco servem como uma alternativa viável ao modelo de regras e princípios hoje dominante no direito constitucional.

Como se verifica, este número, que inaugura esta nova fase da *Revista Direito.UnB*, traz um rico material de pesquisa e inovadoras discussões sobre o direito brasileiro e mundial. Com tamanha qualidade de artigos, desejamos que a *Revista Direito.UnB* cumpra a sua função de difundir o conhecimento, expandir o debate acadêmico e explicitar a relevância de pautar as pesquisas jurídicas pelo mais alto padrão das melhores revistas internacionais.

Brasília, dezembro de 2015.

Juliano Zaiden Benvindo
Editor-Chefe.

ARTIGOS
// ARTICLES

**A RELAÇÃO ENTRE DIREITO
PÚBLICO E NORMAS SOCIAIS NO
CONSTITUCIONALISMO — NACIONAL,
EUROPEU E GLOBAL // THE RELATIONSHIP
BETWEEN PUBLIC LAW AND SOCIAL NORMS
IN CONSTITUTIONALISM — DOMESTIC,
EUROPEAN, AND GLOBAL**

KARL-HEINZ LADEUR

>> RESUMO // ABSTRACT

O processo de globalização é um sério desafio para a teoria jurídica, incluindo a concepção de uma constituição para além do Estado.

O presente artigo busca desenvolver a tese de que a globalização não é apenas um processo que enfraquece o Estado territorial externamente. Há uma face interna para o processo de globalização, que rompe a estrutura hierárquica estável da lei estatal da mesma forma que a dinâmica da transformação das sociedades pós-modernas, sobretudo, debilita a estabilidade das normas sociais que formaram a infraestrutura do direito estatal, bem como o direito em si. A dinâmica crescente da auto-transformação dessas normas sociais abre uma nova perspectiva tanto no direito constitucional interno e quanto no direito extra estatal. //

The globalisation process is a serious challenge for legal theory including the conception of a constitution beyond the state. The paper tries to develop the idea that globalisation is not only a process that undermines the territorial state form outside. There is an internal side to the globalisation process that disrupts the stable hierarchical structure of state law inasmuch as the dynamic of transformation of post-modern societies in particular undermines the stability of social norms that formed the infrastructure of state-based law as well as the law itself. The increasing dynamic of the self-transformation of these social norms opens a new perspective both on domestic constitutional law and on the law beyond the state.

>> PALAVRAS-CHAVE // KEYWORDS

Globalização; Estado; Constituição; Direito Público; Normas Sociais. // Globalisation; State; Constitution; Public Law; Social Norms.

>> SOBRE O AUTOR // ABOUT THE AUTHOR

Professor de Direito Público da Universidade de Hamburgo, Alemanha. // Professor of Public Law at the University of Hamburg, Germany.

>> SOBRE ESTE ARTIGO // ABOUT THIS ARTICLE

Artigo baseado na palestra ministrada na Universidade de Warwick, em 27 de junho de 2014. Tradução para o português de: Teo Pastor. // The article is based on a presentation given at the University of Warwick, June 27, 2014. Translated to Portuguese by Teo Pastor.

1. EM DIREÇÃO À CONCEPÇÃO DE UM MODELO DE “CONFLITO DE NORMAS” NA RELAÇÃO ENTRE NORMAS SOCIAIS E LEGAIS

No século passado, nos anos 1960, podia-se observar, tanto na literatura em direito civil quanto na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão (FCC), a gradual mudança de uma concepção dos direitos civis estritamente como liberdades negativas a uma visão mais “institucional”, que leva em consideração o papel funcional da liberdade de opinião e da liberdade de expressão¹. É interessante que a nova linha de conflito fora determinada por uma perspectiva em questões processuais e no ônus da prova em casos limítrofes entre a liberdade de expressão e a proteção dos direitos de personalidade. Mas e com relação à publicação de artigos que mesclam fatos e opiniões? E a elaboração de relatórios sobre constelações factuais incertas? No direito penal e civil alemão do final do século XIX e início do século XX, havia normas gerais claras acerca do ônus da prova e do conseqüente risco que foi deslocado para os comunicadores. A imprensa não era considerada como tendo direito a “privilégios” — havia apenas um conflito formal em que a parte ativa deveria ser o legítimo portador do risco. Muito pelo contrário! Há uma norma do Código Penal que permite um sujeito comunicar “fatos incertos” a um destinatário nos casos de um interesse privado legítimo — por exemplo, como demandante ou demandado num processo judicial. A imprensa não foi considerada como tendo uma “função pública” para desempenhar — fez-se uso do direito privado como qualquer outra pessoa².

A essa altura, isso mudou completamente: a imprensa é considerada como tendo um papel a desempenhar no processo de formação da opinião pública. Esta mudança tem a sua repercussão no fato de que, por exemplo, no caso de um relatório que mistura fatos e opiniões, há uma presunção de que todo o relatório tem o caráter de uma opinião, e, como consequência, a liberdade de imprensa foi expandida de forma importante³.

A partir desta transformação, gostaria de aproveitar o ponto de vista de que se deve reformular a teoria dos direitos constitucionais de uma maneira muito mais radical, em vez de apenas se adaptar à doutrina de uma forma pragmática, como é o caso. Eu consideraria essa transformação como um sinal de uma mudança muito mais ampla: os direitos civis são cada vez mais “historicizados” — como Marcel Gauchet tem posto. Cada vez mais, certas constelações factuais que são abordadas pelo uso de direitos civis são tratadas de uma forma diferente ou com um diferencial — em vez de ignorar as consequências fáticas de um direito⁴.

Esta evolução é ambivalente: na Alemanha, há uma tendência para transformar o Estado em uma agência de proteção que favorece o uso de direitos civis, em vez de considerá-lo como o adversário potencial das liberdades. Esta evolução contribui para a expansão do que se pode chamar “constitucionalismo legal”⁵ ou judicial, com o *BVerfG* no centro do sistema constitucional, interpretando liberdades constitucionais de um modo amplo e, ao mesmo tempo, estabelecendo uma prática de “equilibrar” direitos conflitantes e interesses caso a caso.

“Equilíbrio”⁶ é o método privilegiado defendido pela FCC — se é que se pode chamá-lo de método. Ao mesmo tempo, o próprio Estado desliza em

uma posição na qual a diferença entre uma competência estadual e do uso de um direito é cada vez mais minado: o estado cada vez menos impõe limites às liberdades civis, mas sim age como representante dos interesses — protegido por direitos individuais — de pessoas que, por algum motivo, não podem desempenhar um papel ativo em certas constelações. A nova dimensão pública dos direitos está cada vez mais deslocada para o Estado — através do tribunal como a instituição privilegiada para o balanceamento. De uma forma ou de outra, há uma ressurreição da liberdade individual negativa, cuja dimensão coletiva é expropriada pelo Estado.

Em minha opinião, tanto a velha quanto a nova constelação precisam de uma infraestrutura teórica e prática melhor. Sou da opinião de que, em ambas as constelações, é a relação entre *normas sociais* e direitos legais ou normas legais que, em geral, tem sido transformada. Na antiga “sociedade de indivíduos”, tínhamos uma relação estável entre um modo distribuído de “experiência”, um conhecimento comum, incluindo o repertório prático de atos, convenções, padrões de coordenação, etc; e a lei — incluindo os direitos civis. Esta relação estável poderia permanecer mais ou menos invisível, uma vez que mudou muito lentamente, de forma contínua e de caso a caso — sem grandes interrupções (rompimentos). Isso pode ser demonstrado com referência à liberdade de imprensa, encontrando o seu limite em um código social comum de “honra”, que desenhou uma linha bastante clara entre o privado e os setores públicos — até o início do século XX⁷.

2. O EXEMPLO DA MÍDIA COMO CAMPO DE AUTO-ORGANIZAÇÃO DE NORMAS SOCIAIS

Simplificando um pouco, eu diria que, a partir da década de 1960, temos uma crescente tensão entre a lei e as normas sociais. Podemos chamar o novo modelo social de “sociedade de organizações” — que significa que as normas sociais sofrem cada vez mais uma reconstrução reflexiva organizada: já não surgem principalmente espontaneamente, mas sim são transformadas por interações coordenadas, e também as reações mais intensas às transformações sociais, emocionais (protesto) e organizadas — incluindo fixação de normas explícitas⁸. As linhas estáveis tradicionais de diferenciação, *i.e.*, a separação das esferas público e privada, desintegram-se. Isso, a meu ver, explica, em especial, a transformação do papel da liberdade de imprensa: as regras que ditam o que pode ser dito em público e o que não o pode ser são desenvolvidas de um modo experimental pela imprensa tanto em cooperação quanto em conflito com outros grupos e o Estado (Poder Judiciário). Há cooperação implícita entre a imprensa na formulação de regras profissionais e o desenvolvimento de padrões de “gestão” de interesses conflitantes, por um lado — e dos tribunais que reagem a estas práticas através do apoiá-los, interrompendo certas abordagens, influenciando a sua concretização por devolver um problema para nova consideração, etc. Dessa forma, há um novo papel mais ativo das organizações privadas e grupos no processo de geração de normas sociais, que poderia ser chamado de uma “ordem negociada”⁹, que substitui a ordem

estável do passado. Em meu entender, esta evolução não deve ser resumida ou simplificada a referir-se somente ao “balanceamento” pelos tribunais. Alguns balanceamentos podem ser inevitáveis como regra padrão, mas sobretudo — especialmente tendo em vista a teoria jurídica e o papel de uma doutrina racional¹⁰ — precisamos de um modelo que contenha uma ideia conceitual de como os direitos civis evoluem no processo de mudança social em geral e, principalmente, na transformação das normas sociais. No que diz respeito à mídia, pode-se falar de uma relação produtiva entre a auto-organização de um campo de ação na sociedade e uma abordagem regulamentar da lei, incluindo o direito privado nessa esfera. Por um lado, há um corpo auto-organizado privadamente de normas profissionais para a mídia, que evolui sob a pressão de se adaptar à transformação do público e que procede de uma forma experimental de caso para caso¹¹. Ao mesmo tempo, o papel dos tribunais na adaptação da lei e suas normas um tanto quanto vagas, em muitos campos, para a sociedade pós-moderna em rápida mutação, é simplificada pela pré-estruturação dos padrões de comportamento e de resolução de conflitos, embora sejam normas profissionais. Claramente, os tribunais não seguem estas normas cegamente, mas sim há uma abordagem cooperativa¹² para a geração de toda uma rede de operações da mídia, mudando os valores sociais e a consideração de interesses conflitantes, um sistema que gera uma rede heterárquica de padrões práticos de resolução de conflitos¹³. A importância desta cooperação entre os tribunais e profissões é demonstrada pela sua ausência quase completa na comunicação via Internet e seu caráter fragmentado.

Gostaria de referir-me a um segundo exemplo, de modo a ilustrar a necessidade da cooperação entre cortes e grupos sociais, que surge no processo de formação de grupos de protesto. A constelação é diferente, mas, no entanto, há também uma transformação do fenômeno de protesto, que já não pode ser racionalizado como sendo um modo suplementar de comunicação política, ao lado dos meios de comunicação social e abaixo do nível estatal. Manifestações também podem ter um caráter mais autorreferencial que organizam comunicações principalmente entre os participantes como “intuições informes” e assumem um caráter artístico. Em minha opinião, esta evolução tem de encontrar sua repercussão na compreensão do caráter jurídico do direito civil à demonstração¹⁴. Infelizmente, não podemos entrar em detalhes. Mas a lei deve desenvolver a interpretação da liberdade civil, que está em jogo, em cooperação com a mudança fenômenos de protesto e as normas que surgem da sua prática.

3. A ABORDAGEM DO MODELO DE “CONFLITO DE NORMAS” NO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO

As normas sociais dentro do âmbito de autonomias específicas, que são garantidos por direitos civis, não devem apenas ser atribuídas a organizações, mas também para o uso interativo espontâneo dos direitos civis. Essa ideia transformaria o “individualismo insular” em uma versão “individualismo interativo”¹⁵, que incluiria a proteção das normas que são praticadas

dentro dos grupos e redes, que surgem dentro do campo de ação protegida pelo respectivo direito civil — principalmente direitos comunicativos.

Para a coordenação das normas sociais e normas legais¹⁶, incluindo os direitos civis, pode-se pensar em um modelo que segue os padrões que foram desenvolvidos no Direito Privado Internacional (DPI): no DPI, há uma crescente disposição, principalmente em direito global, a aceitar a necessidade de “buscar regras”, que é centrada ao redor da procura de uma “política comum” que emerge da cooperação dos diferentes sistemas jurídicos¹⁷. Este seria diferente da tradicional decisão do DPI sobre o “conflito de normas”, com vista à determinação da aplicabilidade de uma norma específica em oposição a outra. Entretanto, ambas são consideradas como sendo mutuamente exclusivas. Precisamos de abordagens legais para os fenômenos que evoluem de um aprofundamento da tensão entre as normas jurídicas vagas que, na “sociedade de indivíduos”, podem referir-se a conhecimento comum, a experiência, a padrões estáveis de coordenação, ao repertório de ações “normais” e ao processo dinâmico de mudança de normas sociais pós-modernas.

Não entraremos em maiores detalhes. Ao invés disso, eu gostaria de mostrar que essa abordagem também poderia ser útil na compreensão dos novos fenômenos de “direito mundial”¹⁸. A hipótese que gostaria de arriscar é que a fragmentação e a pluralização da lei¹⁹ são, em grande medida, atribuídas ao aumento da tensão entre o direito estatal e as normas sociais, tanto no interior do Estado quanto além de seus limites no âmbito mundial. Assim, não se deve separar as dimensões nacionais, europeias e global do direito. O foco sobre a relação entre normas sociais e lei também pode elucidar a diferenciação interna do sistema jurídico, que pode ser observada nas últimas décadas²⁰. O que eu chamo a evolução da “sociedade de indivíduos” para a “sociedade de organizações” e, finalmente, à “sociedade de redes”, pode ser útil como quadros de referência para a análise e distinções conceituais de diferentes tipos de normas sociais como as recipientes do “conhecimento comum”, sobre a qual a lei pode desenhar. E isso pode ser útil, igualmente, com referência tanto ao constitucionalismo nacional quanto ao europeu.

4. O EXEMPLO DO “CONSTITUCIONALISMO HORIZONTAL” EUROPEU — O PAPEL DA CEDI (CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS)

Pode-se observar uma mudança do “constitucionalismo hierárquico” para o “constitucionalismo horizontal” — que também é o fenômeno em foco na concepção de “constitucionalismo social” de Gunther Teubner²¹. Voltaremos a esta questão adiante. Primeiramente, abordaremos a questão do pluralismo como ele surgiu na jurisprudência da CEDH. A fórmula para o gerenciamento de pluralismo conforme consagrada na Convenção Europeia de Direitos Humanos é a atribuição de uma “margem de apreciação” para os Estados-Membros, o que é de certa forma enganosa, nas condições pós-modernas do crescente pluralismo social nos mesmos²².

De acordo com a abordagem descrita, poder-se-ia reinterpretar esta fórmula, deslocando a referência dos Estados para sociedades: é a “margem de apreciação das sociedades” que deve ser levada em consideração na busca de uma relação equilibrada entre os direitos humanos nacionais e europeu. Isto também incluiria a possibilidade de diferenciar os graus de homogeneidade e diversidade na Europa em uma escala móvel. Por exemplo, deveria haver muito mais respeito para as constelações de cooperação entre a lei estatal e padrões ou normas sociais que tentam coordenar o interesse público e a proteção da privacidade. Por que os direitos culturais devem ser interpretados uniformemente, se as sociedades e as suas normas sociais relacionadas à religião²³, escolaridade²⁴, mídia etc. diferem consideravelmente²⁵? Sob as condições de uma espécie de modelo “negociado” de coordenação das esferas público e privada²⁶, a “gestão” da diferença só pode ser transferida para uma rede de julgamentos²⁷ que estabelece uma ordem de distribuição de casos que permite, até determinado ponto, uma orientação a ser encontrada pelo delineamento em certos casos e decisões similares. Não se pode esperar que tal rede emergirá de uma prática europeia formulada por uma corte supranacional, em razão do número limitado de casos que devem ser decididos a nível europeu²⁸.

Essa abordagem também permitiria uma construção mais diferenciada do direito global.

5. “NORMAS CONSTITUCIONAIS DA SOCIEDADE CIVIL” PARA ALÉM DA ESFERA DA CONSTITUIÇÃO NACIONAL?

Considerar brevemente a abordagem adotada por Gunther Teubner pode contribuir para a definição do conceito em tela. O referido autor considera (resumidamente, com certo elemento de simplificação) que os subsistemas da sociedade, através de suas expansões para além das fronteiras do Estado nacional, criam a base social para um “direito mundial”²⁹, que, encontra a sua repercussão, por exemplo, na legislação comercial transnacional, nos regimes de “governança corporativa” no direito privado e público e em padrões híbridos. Este tipo de governança traz uma auto-constitucionalização autônoma da “sociedade civil”, que se estende para além da esfera do direito nacional, mas não tão longe como uma “constituição mundial” (política), no verdadeiro sentido da palavra³⁰. Teubner considera que essas auto-ordenações organizadas levam a meros “fragmentos constitucionais”. Esta constitucionalização (e não meramente a juridificação) também é evidente no aumento de processos reflexivos, que também são observados no presente artigo, pelos quais normas geradas espontaneamente ou normas que são controlados através “normas secundárias” são medidas em relação aos requisitos básicos da prática. Nossa ênfase versa sobre os novos tipos de ligações entre a racionalidade intrínseca de organizações comerciais e a observação auto-organizada dos mesmos por terceiros, através da conexão com racionalidades não econômicas, que estão se tornando institucionalizadas por meio de, por exemplo, processos de monitoramento envolvendo ONGs. Isso é explicitamente considerado como

uma variante de “constitucionalização da sociedade”³¹ em sentido estrito, e é entendido como um equivalente funcional, e, assim, uma alternativa, à constituição nacional convencional.

O constitucionalismo tradicional está localizado no subsistema político que já não pode ser considerado como sendo o subsistema principal, em oposição aos subsistemas econômicos, entre outros. Tal subsistema não pode monopolizar a função de construção constitucional das sociedades pós-modernas. O direito constitucional nacional não pode reivindicar a qualquer hierarquia vis-à-vis aos processos sociais de auto-organização; pelo contrário, ambos os processos de constitucionalização política e social existem em uma relação heterárquica, que se consubstancia na ligação entre as redes qualitativamente diferentes de normas constitucionais (gerados por ambos os subsistemas de políticas e outras da sociedade). Isto se baseia na premissa de “que, no processo de globalização, a afirmação das normas constitucionais é deslocada do sistema político para diferentes setores da sociedade, que geram normas constitucionais da sociedade civil em paralelo com as normas políticas constitucionais”³².

6. AS REDES TRANSNACIONAIS DO DIREITO

Por mais que possa parecer plausível assumir que a origem do direito não pode ser traçada para nenhuma fonte privilegiada de vontade nacional, uma vez que a auto-organização interna do direito, em especial, permaneceria ofuscada por uma arquitetura inteira consistente em regras diferentes e meta-regras (a mistura de norma e aplicação, procedimentos de reflexão, princípios metodológicos, ligação de direito e as normas sociais), é, no entanto, também problemático para ilustrar a pluralização, particularmente, do direito global, principalmente na reprodução de “comunidades normativas”³³ (Paul Schiff Berman) e, como consequência, negligenciar o novo desafio da formação de ordem em condições de complexidade que leva só a uma multiplicidade de “legisladores”, mas também para a heterogeneidade das normas e sua relação com o caráter fragmentado do “conhecimento comum”, já vez que o estreito vínculo entre o processo distribuído de geração e o uso da experiência e da lei universal desmoronou³⁴.

A arquitetura jurídica convencional, que é voltada para a unidade, não se dissolve, mas se torna mais móvel. Para Gunther Teubner, no entanto, a observação da dinâmica se restringe às relações entre os “fragmentos da Constituição”³⁵ individuais. O fato de estes não estarem fechados em si, mas sim serem definidos por um processo dinâmico de sobreposição de normas e práticas de diferentes graus de proveniência, é ignorado. O processo de transnacionalização do direito implica e permite um maior nível de heterogeneidade e experimentação, afrouxa as regras de conexão entre normas sociais e legais, diferencia métodos para diferentes contextos, exige regras para lidar com conflitos de leis, permite a reversão da relação entre regra e aplicação e satisfaz-se com apenas a judicialização parcial através da definição de procedimentos, sem qualquer preconcepção do resultado. O “Direito Transnacional” não estabelece um novo nível

mundial homogêneo de construção normativa, mas sim inclui a necessidade de coordenar as normas que são geradas em diferentes níveis e nos constituintes concorrentes³⁶. E ainda, traz a necessidade de normas que retraduzem normas globais para nacionais, e ao mesmo tempo precisa de normas jurídicas que organizam a participação de atores nacionais, públicos e privados, a nível global. O direito transnacional também pode operar com normas cuja natureza jurídica pode — no todo ou em caráter temporário — permanecer aberta a mudanças, ou que só se tornam juridicamente relevante nos pontos de contato com a legislação nacional, como por exemplo, se uma violação contra regras sociais justifica a acusação legal de negligência em relação a um descumprimento contratual. Contudo, é certamente importante não exagerar a transformação associada e diferenciar a normatividade. O “constitucionalismo da sociedade” é, portanto, conceitualmente muito mais rígido do que conceitos que, em muitos aspectos, consideram a distinção clara entre o “interno” e o “externo” no direito global como impossível.

Neste contexto, o conceito de uma “fragmentação constitucional” parece ser muito limitado em sua perspectiva: corre-se o risco de perder a heterogeneidade das normas diferentes e de suas origens. É por isso que é preferencial usar o conceito de “rede” de normas — um conceito que inclui a distinção de “intersecções” que organizam certa intensidade de intercâmbio e coordenação entre as diferentes normas e “buracos estruturais”, que são caracterizados por “acoplamento fraco” ou conflitos não resolvidos. Desse modo, deixando de lado outras considerações, mesmo para o “direito societário” transnacional, a “contaminação” por modelos de códigos de conduta gerados externamente, pressão política, obrigações de direito internacional e efeitos transnacionais de regulação nacional e regional é quase impossível de distinguir a partir do fechamento de uma “constituição interna”.

A “hipótese da auto constitucionalização” não atenta devidamente para o fato de que o Estado não desaparece — nem um pouco. Ele assume o caráter de um “estado desagregado” (A. M. Slaughter), que permite uma ação mais flexível no nível global heterogêneo. As “redes do direito”, como já mencionado, são acêntricas, constituindo uma multiplicidade de nodos em que as relações são dispostas, e também formam um potencial relacionamento de todas as intersecções, que podem ser relacionadas entre si nas “redes do direito”. O efeito do processamento da lei e da sua relação com outras normas e práticas sociais desta rede é *ex ante* difícil de calcular, entretanto, o “símbolo de validade” jurídica, que é voltado para a reprodução hierárquica, é transformado em uma “ordem heterárquica distante do equilíbrio”³⁷, em uma pluralidade de modelos de ligação, que, casuisticamente, lidam com inter relações jurídicas e, particularmente, discursivas (e, portanto, sempre novas restrições e possibilidades de conexão), que, ao mesmo tempo excluem outros ou colocam-os sob uma acentuada obrigação de justificarem-se.

Nesse sentido, lei pós-moderna permite uma maior reflexividade, *i.e.* à luz da multiplicidade de possíveis candidatos para o “valor jurídico” de operações, a questão (que requer uma resposta estratégica) de se uma norma deve ser tratada como lei surge com maior frequência.

7. “AUTO CONSTITUCIONALIZAÇÃO” DE REGIMES POR “NORMAS SECUNDÁRIAS”?

Com base no exemplo do que Gunther Teubner³⁸ se refere como “Unternehmensrecht” (códigos de governança corporativa), parece extremamente duvidoso que qualquer conjunto de regulamentos deva ser tratado como lei, quer seja internamente, por auto-observação por parte dos jogadores, quer seja externamente, por atribuição. Acima de tudo, no entanto, isso não pode ser imposto por uma “constituição empresarial” (a ser tratada em pé de igualdade com a constituição “política”) na “sociedade mundial”, com efeitos para o direito constitucional nacional (que se encontra no mesmo nível). As “Normas secundárias” de H. L. A. Hart³⁹ não podem, em função da auto-observação do surgimento de “normas primárias” em “setores da sociedade” fora do sistema político, dispor sobre as fronteiras entre o direito e o não direito a título de “auto-constitucionalização”. Este seria um argumento circular: até mesmo normas sociais (ainda não jurídicas) podem ser firmemente estabelecidas e fixadas por meio de uma “constituição”. Se o direito surge como resultado é, contudo, uma questão completamente diferente, que só pode ser respondida por recurso a equivalências funcionais da “lei de redes” ao direito hierárquico, de acordo com construções semelhantes de “pluralismo jurídico”. A teoria de Gunther Teubner de direito transnacional, como já assentado acima, corresponde à construção de uma pluralidade desterritorializada de “regimes transnacionais”⁴⁰, com base no modelo do Estado, e criando o conceito não ignorável (embora também variável) de “uma espécie de” unidade do direito através de “conflito de leis regras”.

A suposição de que há uma diferenciação de um direito mundial autônomo, que os limites desse sistema jurídico são dados casuisticamente e que se reivindica uma “validade global”⁴¹ é pouco plausível, mesmo para o direito civil, uma vez que os sistemas não podem ser completamente emancipados da lei estabelecida territorialmente — até mesmo para a execução de decisões arbitrais. Ainda é mais difícil de seguir, além do mais, é a tese de que a evolução da nova lei mundial pode ser entendida como uma renovação da diferença entre um sistema legal e os seus sistemas de ambiente social. Como é possível interpretar isso? Poderia ser interpretado com a afirmação de que “o direito mundial” não é um produto de novas diferenciações internas dentro do sistema jurídico, mas sim que o “big bang” da auto geração da lei através de uma distinção sistema/ambiente está sendo repetido dentro do sistema jurídico, através da formação de uma espécie de “direitos de segunda ordem”, que está desenvolvendo suas próprias formas e diferenciações internas? Só assim é possível explicar a suposição (que é difícil de seguir de outro modo) que a “auto-constitucionalização” dentro do direito mundial supostamente teria o mesmo status que o direito constitucional do Estado. Um argumento similar é apresentado por Andreas Fischer-Lescano⁴², que vê a “expectativa normativa” como sendo baseada não só na “legislação política”, mas também “na esfera dos direitos humanos, especificamente no sistema dos meios de comunicação de massa”, que estão se tornando um fórum para “colère publique”

(o que nos remete a Durkheim). O monopólio reivindicado pelo “direito internacional estatal” deve ser aberto para incluir novas fontes de lei que emergem da capacidade de legislar da sociedade civil.

8. A “TESE DA AUTO CONSTITUCIONALIZAÇÃO” E O PROBLEMA DA PARTICIPAÇÃO DO ESTADO NA FORMAÇÃO DE NORMAS MUNDIAIS

De qualquer forma, parece mais produtivo, no contexto de descrever o emergente “direito global” que se estende para além da esfera do Estado, mas não tanto quanto o direito internacional convencional, para acentuar a primeira de todas as condições sob as quais o direito “territorial” está relacionado com a transformação das regras sociais e sistemas de conhecimento, isto é, as condições que permitem que a unidade do “direito global” apareça apenas como uma “ordem distante do equilíbrio”⁴³. A sua auto transformação nas condições da era pós-moderna deve ser descrita como um processo de rearranjo dentro de um “processo de diferenciação”, que ocorre inicialmente dentro do direito territorializado e é, em seguida, continuado no processo de globalização.

O ordenamento jurídico “nacional” pós-moderno da “sociedade de redes” não é, fundamentalmente, muito diferente da lei mundial fragmentada que existe para além da esfera do Estado. Partindo deste pressuposto, parece mais fácil prever que, por um lado, em uma ordem jurídica global que é inteiramente caracterizada por heterarquia e assincronia, novas formas jurídicas estão sendo geradas, que são voltados para operar com incompletude⁴⁴, são principalmente reflexiva-processuais e, até certo ponto, também estrategicamente dimensionadas, enquanto, ao mesmo tempo, a cooperação transnacional experimental com a legislação nacional (que também está mudando), que tem como objetivo o estímulo à auto regulação, não pode ser separada do direito global (especialmente na esfera do direito administrativo global ou a constitucionalização de novas restrições processuais destinadas a tornar a soberania mais “permeável”).

A teoria do “direito global”, como previsto por Fischer-Lescano e Teubner, que é, unicamente por necessidade, reproduzida de forma simplificada, parece excessivamente complexa (mesmo desconsiderando objeções teóricas para a estrutura), sem qualquer efeito de equilíbrio fornecido através de ganhos adicionais de conhecimento. Por outro lado, o conceito de evolução do direito, conforme descrito acima, que atribui ao ordenamento jurídico uma maior capacidade para a auto modelagem com o auxílio de “sub-modelos”, estendendo para além dos mecanismos de abertura e de acoplamento, como discutido anteriormente, é capaz de uma concepção mais precisa dos processos de transformação do direito não só em sua ordem territorializada, mas também em sua dimensão fragmentada e desterritorializada⁴⁵. Pode-se observar não apenas uma fragmentação de ordenamentos jurídicos individuais na dimensão fática, mas também, e principalmente, pode ilustrar a fragmentação da lei na dimensão temporal como um processo, e, assim, a assincronia dos efeitos dos “sub-modelos” individuais.

Assim, as respostas para o desafio colocado ao direito por comunicação via Internet podem ser encontradas não apenas (e talvez nem mesmo primordialmente) na observação da globalização. No contrário também é necessário, para que haja uma conversão da formação de norma social, que é centrada na mídia de massa, para os processos heterárquicos do surgimento de normas sociais e a coordenação dessas normas com a formação do direito. Isso não leva, entretanto, ao desaparecimento de camadas mais antigas das normas, mas sim dá origem a novos conflitos e, portanto, maior necessidade de coordenação. Em minha opinião, a leitura da “lei mundial” para a qual eu ofereci uma crítica no presente artigo tende a negligenciar uma característica especial do direito, que consiste em não ser “sem padrão”, em estabelecer uma definida “gestão de regras” impessoal e em uma rede de restrições de conexão e as possibilidades de controlar a incerteza que se estende até mesmo além dos limites do direito territorialmente estabelecido. O postulado fechamento de blocos de sistemas transnacionais “auto-constitucionalizados” bloqueia o acesso à racionalidade processual heterárquica de redes sobrepostas de leis (e de outras normas), que consiste em diferentes “articulações” e padrões de relacionamentos.

>> NOTAS

- * O presente artigo é baseado na palestra ministrada na Universidade de Warwick, em 27 de junho de 2014.
- ¹ (Relatório do Tribunal Constitucional Federal) BVerfGE 61, 1, 8; 85, 1, 15; 90, 1, 15; cf. para a dimensão institucional dos direitos civis para a comunicação *Helmut Ridder*, *Die soziale Ordnung des Grundgesetzes*, Wiesbaden: Westdeutscher Verlag 1975, p. 85 et seq., Karl-Heinz Ladeur, *Helmut Ridders Konzeption der Meinungs- und Pressefreiheit in der Demokratie*, *Kritische Justiz* 32 (1999), p. 281.
- ² (Relatório do Reichsgericht, direito penal) RGSt 8, 19; 15, 17; 59, 172; 64, 10; Reinhard Ricker & Johannes Weberling, *Handbuch des Presserechts*, Munich: Beck 2012, § 53 No. 41 et seq.
- ³ BVerfGE 54, 288; 61, 1: distinção funcional entre juízo de valor e a comunicação de um “fato” de acordo com a relevância da opinião pública.
- ⁴ *Karl-Heinz Ladeur*, *Die transsubjektive Dimension der Grundrechte*, in: Stephan Koriath/Thomas Vesting/Ino Augsberg (eds.), *Grundrechte als Phänomene der kollektiven Ordnung*, Tübingen: Mohr 2014, p. 17.
- ⁵ *Richard Bellamy*, *Political Constitutionalism: A Republican Defence of the Constitutionality of Democracy*, Cambridge: Cambridge University Press 2007, p. 1 et seq.
- ⁶ *Robert Alexy*, *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt a. M.: Suhrkamp 1986, p. 71 et seq., 410 et seq.; *Alexander Heinold*, *Die Prinzipientheorie bei Ronald Dworkin und Robert Alexy*, Berlin: Duncker & Humblot 2011; *Matthias Klatt* (ed.), *Prinzipientheorie und Theorie der Abwägung*, Tübingen: Mohr 2013; para uma crítica vide cf. *Philipp Reimer*, *und machet zu Jüngern alle Völker?*, *Der Staat* 52 (2013), p. 27.
- ⁷ *Karl-Heinz Ladeur*, *Das Medienrecht und die Ökonomie der Aufmerksamkeit*, Köln: von Halem 2007.
- ⁸ Cf. contribuições em: *Christian Joerges*, *Karl-Heinz Ladeur & Ellen Vos* (eds.), *Integrating Scientific Expertise into Regulatory Decision Making*, Baden-Baden: Nomos 1997; *Lawrence Busch*, *Standards: Recipes for Reality*, Cambridge, MA: MIT Press 2013.
- ⁹ *Jody Freeman & Laura I. Langbein*, *Regulatory Negotiation and the Legitimacy Benefit*, *New York University Environmental Law Journal* 9 (2000), p. 60.
- ¹⁰ Para uma crítica, vide *Niklas Luhmann*, *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt a. M.: Suhrkamp 1993, p. 33.
- ¹¹ É por isso que Ridder discorreu acerca dos “direitos impessoais”, que garantem os processos (comunicação midiática, etc.) *Ridder*, loc. cit., p. 85.
- ¹² Em relação ao papel da relação entre público e privado em transformação, vide: *Gralf-Peter Callies & Peer Zumbansen*, *Rough Consensus and Running Code*, Oxford: Hart 2012; *Orly Lobel*, *The Renew Deal: The Fall of Regulation and the Rise of Governance in Contemporary Legal Thought*, *Minnesota Law Review* 89 (2004), S. 382.
- ¹³ *Joanne Scott & Susan P. Sturm*, *Courts as Catalysts: Rethinking the Judicial Role in New Governance*, in *Columbia Journal of European Law* (13) 2007, p. 565.
- ¹⁴ *Karl-Heinz Ladeur*, *Wandel der Demonstrationsfreiheit — neue Formen der Aktionskunst*, to appear in: *Der Staat* 54 (2015).
- ¹⁵ *Yaron Ezrahi*, *The Descent of Icarus: Science and the Transformation of Contemporary Democracy*, Cambridge, MA: Harvard University Press 1990, p. 186.
- ¹⁶ *Thomas Vesting*, *Rechtstheorie*, Munich: C. H. Beck 2007, No. 188.
- ¹⁷ *Ralf Michaels & Joost Pauwelyn*, *Conflict of Norms or Conflict of Laws? Different Techniques in the Fragmentation of Public International Law*, *22 Duke Journal of Comparative & International Law* 2012, p. 349; *Christian Joerges*, *Kollisionsrecht als verfassungsrechtliche Form*, in:

Nicole Deitelhoff/Jens Steffek (eds.), *Was bleibt vom Staat? Demokratie, Recht und Verfassung im globalen Zeitalter*, Frankfurt a. M./New York 2009: Campus, p. 309.

- ¹⁸ *Benedict Kingsbury, Nico Krisch & Richard B. Stewart*, *The Emergence of Global Administrative Law*, *Law and Contemporary Problems* 68 (2005), p. 15; *Carol Harlow*, *Global Administrative Law: The Quest for Principles and Values*, *European Journal of International Law* 17 (2006), p. 187; *Jean-Bernard Auby*, *La globalisation — Le droit et l'Etat*, 2nd ed., Paris: LGDJ 2010; vgl. auch *Armin von Bogdandy, Philipp Dann & Matthias Goldmann*, *Developing the Publicness of Public International Law: Towards a Legal Framework of Global Governance Activities*, *German Law Journal* 9 (2008), p. 1375; = www.germanlawjournal.com/pdf/Vol09No11/PDF_Vol_09_No_11_13751400_Articles_von%20Bogdandy_Dann_Goldmann.pdf.
- ¹⁹ *Nico Krisch*, *Beyond Constitutionalism: The Pluralist Structure of Postnational Law*, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 226, 283.
- ²⁰ Em relação à fenomenologia dos diferentes tipos de “colisões normativas”, vide” *Marcelo Neves*, *Transconstitutionalism*, Oxford: Hart 2012.
- ²¹ *Gunther Teubner*, *Constitutional Fragments: Societal Constitutionalism and Globalization*, Oxford: Oxford University Press 2012; for a critique cf. *Karl-Heinz Ladeur*, *Die Evolution des Rechts und die Möglichkeit eines globalen Rechts jenseits des Staates*, *Ancilla iuris*, 11.10.2012 — http://www.anci.ch/karl-heinz_ladeur
- ²² *Dean Spielmann*, *Current Legal Problems Lecture: Whither the Margin of Appreciation?* http://www.echr.coe.int/Documents/Speech_20140320_London_ENG.pdf — Dean Spielmann presidente a CEDH.
- ²³ ECHR, *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ)* 2008, 1217 — the Norwegian “State Church” system was regarded as incompatible with the Convention.
- ²⁴ ECHR, *NVwZ* 2011, 737 (“Lautsi” — crucifixo em uma escola italiana) — o referido julgamento dá maior liberdade aos Estados-Membros em relação a tradições culturais; com relação a decisões anteriores *Ino Augsberg & Kai Engelbrecht*, *Staatlicher Gebrauch religiöser Symbole im Lichte der uropäischen Menschenrechtskonvention*, *JZ* 2010, 450.
- ²⁵ A exemplo de julgados divergentes da CEDH, *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)* 2004, 2647, and the German FCC, *BVerfG*, *NJW* 2012, 756; *NJW* 2011, 740; *BVerfGE* 120, 180; *Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht-Rechtsprechungsdienst (ZUM-RD)* 2007, 1; *NJW* 2005, 1857; *NJW* 2003, 3262, acerca do conflito entre direitos pessoais, incluindo a privacidade, de um lado, e o papel da liberdade de imprensa, por outro.
- ²⁶ *Lobel*, loc. cit; *Calliess & Zumbansen*, loc. cit.
- ²⁷ *Scott & Sturm*, loc. cit.
- ²⁸ A CEDH apresenta problemas até mesmo no estabelecimento de certa coerência nos domínios da sua prática que levantam as questões supramencionadas, como, por exemplo, dois acórdãos posteriores que diferem consideravelmente da sentença no caso de “*Caroline von Monaco/Hannover I*”; ECHR, *NJW* 2012, 1053 (Springer Publishing); ECHR, *NJW* 2012, 1058 (“*Caroline II*”).
- ²⁹ *Teubner*, loc. cit., p. 45; *Andreas Fischer-Lescano*, *Globalverfassung. Die Geltungsbegründung der Menschenrechte*, Weilerswist: Velbrück 2005, p. 247 et seq.
- ³⁰ Para a visão geral acerca das diferentes tendências da “constitucionalização”, ver *Lars Viellechner*, *Verfassung als Chiffre: Zur Konvergenz von konstitutionalistischen und pluralistischen Perspektiven auf die Globalisierung des Rechts*, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 75 (2015), p. 231.
- ³¹ *David Sciulli*, *Theory of Societal Constitutionalism. Foundations of a Non-Marxist Critical Theory*, Cambridge: Cambridge University Press 2010, *Teubner*, loc. cit.
- ³² *Teubner*, loc. cit.

- ³³ Paul Schiff Berman, *Global Legal Pluralism: A Jurisprudence Beyond Borders*, Cambridge: Cambridge University Press 2012, p. 164.
- ³⁴ Ann-Marie Slaughter, *A New World Order*, Princeton: Princeton University Press 2004, p. 12.
- ³⁵ Teubner, loc. cit.
- ³⁶ Teubner, loc. cit.; no mesmo sentido, Krisch, loc. cit.
- ³⁷ Cf. Henri Atlan, *Entre le cristal et la fumée*, Paris: Seuil 1979.
- ³⁸ Teubner, loc. cit., p. 77.
- ³⁹ H. L. A. Hart, *The Law as the Union of Primary and Secondary Rules*, Oxford: Oxford University Press 1961, p. 76.
- ⁴⁰ Teubner, loc. cit., p. 74.
- ⁴¹ Teubner, loc. cit., p. 74.
- ⁴² Fischer-Lescano, loc. cit., p. 67 et seq.
- ⁴³ Atlan, loc. cit.
- ⁴⁴ Charles F. Sabel & William H. Simon, Contextualizing Regimes. Institutionalization as a Response to the Limits of Interpretation and Policy Engineering, *Michigan Law Review* 110 (2012), p. 1265; Matthew C. Jennejohn, Innovation, Collaboration, and Contract Design, *Columbia Law and Economics Working Paper No. 319*, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1014420
- ⁴⁵ Jutta Brunnée & Stephen J. Toope, International Law and Constructivism, in *Columbia Journal of Transnational Law* 39 (2000), p. 19.

**TEORIA REFLEXIVA DA DECISÃO JURÍDICA:
DIREITO, MUDANÇA SOCIAL
E MOVIMENTOS SOCIAIS***

// REFLEXIVE LEGAL DECISION THEORY: LAW,
SOCIAL CHANGE AND SOCIAL MOVEMENTS.

ARTUR STAMFORD DA SILVA

>> RESUMO // ABSTRACT

A partir de decisões judiciais coletadas em sites de tribunais do poder judiciário brasileiro, observamos movimentos de mudança do direito com a inclusão e a exclusão de pleitos de movimentos sociais, o que nos permitiu observar a adaptação do direito (sistema de comunicação sobre lícito/ilícito) ao seu ambiente. As observações foram pautadas pela teoria da sociedade de Niklas Luhmann (em especial as categorias recursividade, auto e heterorreferência, circularidade reflexiva, observação de segunda ordem, heterarquia, autopoiesis). As pesquisas até aqui realizadas indicam que a perspectiva reflexiva aplicada à decisão jurídica oferece leituras distintas daquelas fornecidas pela hermenêutica jurídica e pela teoria da argumentação jurídica, o que amplia a compreensão da decisão jurídica. // Based on the judicial decisions collected from sites of the courts of the Brazilian judicial system, we observe movements asking for changes in law with the inclusion and exclusion of claims by social movements, which allowed us to observe the adaptation of the law (communication system on licit/illicit) to its environment. These remarks were guided by Niklas Luhmann's social theory (especially, the categories of recursiveness, auto and heterorreference, reflexive circularity, second order observation, heterarchy, autopoiesis). The researches carried out so far point that the reflexive perspective applied to legal decision offers distinct readings from those provided by legal interpretation, which increases the understanding of the legal decision.

>> PALAVRAS-CHAVE // KEYWORDS

Decisão jurídica; movimentos sociais; teoria dos sistemas; discurso constituinte, mudança social. // Legal decision; social movement; systems theory; self-constituting discourse, social change.

>> SOBRE O AUTOR // ABOUT THE AUTHOR

Professor Associado da Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). // Associate Professor of the Federal University of Pernambuco (UFPE).

>> SOBRE ESTE ARTIGO // ABOUT THIS ARTICLE

Artigo realizado com apoio do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq). Sou grato a Peter Malcom Keats por auxiliar na versão inglesa. Gostaria de agradecer Henrique Carvalho, André Barreto, Marcelle Penha e Camila Lopes por animar os debates que tornaram este Artigo possível e também por contribuir na pesquisa no Moinho Jurídico. // This Paper was supported by the CNPq (National Council for Scientific and Technological Development, Brazil). I am grateful to Peter Malcolm Keats for helping in the English version. I really must thank Henrique Carvalho, André Barreto, Marcelle Penha and Camila Lopes for enlivening the debates which made this article possible, and also for contributing to research at the Moinho Jurídico.

1. DA REFLEXIVIDADE CIBERNÉTICA À REFLEXIVIDADE DA DECISÃO JURÍDICA

Analisando decisões judiciais coletadas no site do STJ (Superior Tribunal de Justiça) e do STF (Superior Tribunal Federal) e dados coletados em audiências judiciais no Fórum do Recife e por meio de conversas informais com magistrados, promotores, procuradores, advogados, chefes de secretaria, oficiais de justiça, observamos¹ que uma decisão judicial contém mais fatores e informações que os presentes na legislação, na doutrina, na jurisprudência e nos costumes jurídicos. O sistema jurídico, portanto, realiza processos de adaptação às mudanças da sociedade. Nessa perspectiva proponho uma teoria reflexiva da decisão jurídica como teoria que viabiliza pesquisar a presença de discursos de movimentos sociais na construção do direito da sociedade, afinal pressões políticas e econômicas, por exemplo, influenciam, mas não determinam, a decisão jurídica.

O ponto de partida da teoria reflexiva da decisão jurídica é a circularidade reflexiva² da comunicação (só nos comunicamos por comunicação), nos moldes da cibernética³, a qual postula que “a sociedade é um sistema autopoietico baseado numa comunicação com sentido; é constituída de comunicações, apenas de comunicações; consiste em todas as comunicações. A comunicação se reproduz por comunicação”⁴.

Após pesquisar decisões judiciais sobre temas de pleitos sociais⁵ (depoimento por vídeo conferência de réu preso; crime de bagatela, socioafetividade, propriedade e MST; anencefalia; homoafetividade com entidade familiar; igualdade jurídica; licitude da prova ilícita) observamos que a decisão de um caso concreto não se confunde com a decisão do sistema do direito, assim, distinguimos decisão judicial de decisão jurídica, tomando a primeira por uma informação ao sistema do direito e a decisão jurídica, por operação do sistema do direito. Com isso, respostas distintas às dicotomias presentes nos embates hermenêuticos e da teoria da argumentação jurídica tiveram lugar, como exposto na primeira parte deste trabalho.

Uma das consequências da circularidade reflexiva é que “não é possível não comunicar”⁶, portanto, ambiguidade e vagueza não evitam que o ser humano se comunique, como, inclusive, demonstrado na etnometodologia, com Harold Garfinkel. Não cabe, portanto, voltar ao Crátilo, com Platão, para seguir com e no embate sobre a relação entre as palavras e as coisas, para lembrar Foucault, pois isso seria “ainda” insistir na teoria da verdade como representação. Uma saída dessa dicotomia é a teoria reflexiva da decisão jurídica, a qual toma ideias da teoria da sociedade como sistema de comunicação⁷ (Niklas Luhmann) e aporta — da teoria sociocognitiva da compreensão como inferência⁸ (Luiz A. Marcuschi) e da teoria do discurso constituinte⁹ (Maingueneau) — a concepção de discurso como organização transfrástica — posto que submetido a uma organização situada para além da frase, porquanto vivenciam regras de uma organização, de uma comunidade discursiva —, bem como que o discurso é orientado (no tempo e no espaço), é uma forma de ação, é interativo, é contextualizado, é assumido, é regido por regras e é considerado no bojo de um interdiscurso¹⁰.

Não se trata, saliente-se, de um somatório de teorias, antes que a teoria reflexiva da decisão jurídica é interdisciplinar, do que resulta numa teoria que viabiliza observar a decisão jurídica como operação do direito da sociedade, afinal

pensar em função de sistemas circulares nos força a se afastar da noção que, por exemplo, o evento A ocorre primeiro e o evento B é determinado pela ocorrência de A, visto que, pela mesma lógica defeituosa, poder-se-ia afirmar que o evento b precede a, dependendo de onde escolhêssemos, arbitrariamente, romper a continuidade do círculo¹¹.

A circularidade reflexiva, saliente-se, não se ocupa com o início nem o fim, com a origem nem o futuro, o que não implica ignorar a historicidade na formação dos valores da sociedade humana, mas sim que acata a ideia de “a sociedade não estar organizada através de resultados causais (outputs como inputs) nem na forma de resultados de operações matemáticas, mas sim reflexivamente; ou seja, mediante a aplicação da comunicação à comunicação”¹². Afinal, comunicar não é transmitir informação, mas um processo de constante produção de informação, a cada comunicação ocorre uma re-entrada (recursividade) de conhecimento no conhecimento mesmo¹³. Por isso, o caminho teórico pautado pela reflexividade para observar a decisão jurídica não percorre a busca pela origem da decisão, como se ela fosse resultante causal da aplicação de informações pré-dadas, afinal textos legislativos, decisões judiciais anteriores, doutrinas, costumes não determinam a decisão judicial a ser tomada, portanto também não determinam previamente a decisão jurídica. É ao que chegamos com a circularidade recursiva dos “sistemas que observam”¹⁴.

Aplicadas à decisão jurídica, a perspectiva circular reflexiva da comunicação oferece respostas distintas para dicotomias resultantes de embates teóricos daquelas pautadas pela causalidade, a exemplo, a questão da completude do ordenamento jurídico — quando se debate a suficiência do direito estatal para uma decisão ser jurídica, o que envolve a relação direito e política, lembrar o tema da norma fundamental de Kelsen e a teoria do ordenamento jurídico de Bobbio — da certeza do direito e da segurança jurídica como garantias do Estado de Direito — quando se debate sobre os riscos de uma decisão se tornar precedente, o que envolve a relação direito e moral — e do poder de decisão (arbitrariedade) do decididor — quando se debate a capacidade do direito se autorregular e autogerir, o que envolve temas como pluralismo jurídico e a relação direito e mudança social.

Explorando elementos da teoria dos sistemas (recursividade, auto e heterorreferência, circularidade reflexiva, observação de segunda ordem, heterarquia, autopoiesis) à comunicação social humana, apresentaremos como a teoria reflexiva da decisão judicial lida com as dicotomias da completude e da certeza do direito e da arbitrariedade do julgador. Seguimos apresentando a perspectiva de discurso como elemento social para, então, expor algumas das pesquisas realizadas.

2. BASE SISTÊMICA: REFLEXIVIDADE E DICOTOMIAS DA DECISÃO JURÍDICA

A teoria reflexiva da decisão jurídica parte do pressuposto que direito é o sistema de comunicação da sociedade responsável pelo sentido de lícito/ilícito, como em Niklas Luhmann. Sendo comunicação, o direito é um sistema de comunicação, não uma entidade física, biológica ou psíquica, mas social humana. Sendo sistema, o direito não se confunde com uma comunicação momentânea (aquela determinada em tempo e espaço) nem com uma organização, mas com o nível sistêmico de observação¹⁵. Numa frase: a teoria reflexiva da decisão jurídica lida com a perspectiva sistêmica, portanto não com o âmbito interacional nem organizacional.

Nessa perspectiva, o tema da completude do ordenamento jurídico, portanto se há lacuna do direito, não tem as mesmas respostas de Hans Kelsen e Norberto Bobbio, afinal não há que se falar em “espaço jurídico vazio”, nem na máxima “o que não está proibido, está permitido” como princípio da completude. Tão pouco a hetero e auto integração do próprio direito, nos moldes de Bobbio, posto que este autor considera haver hierarquia entre os métodos de heterointegração e autointegração do ordenamento jurídico, afinal “em cada ordenamento há uma zona incerta de casos não-regulamentados, mas potencialmente colocáveis na esfera de influência dos caos expressamente regulamentados”¹⁶. Para fins e limites desse texto, é suficiente ao leitor lembrar que a completude do direito estatal envolve a garantia de a decisão judicial não ser arbitrária, posto que deverá ser necessariamente justificada com a citação do texto legislativo que fundamenta a decisão tomada. Na teoria reflexiva, a completude de um sistema encontra resposta com o teorema da incompletude de Kurt Gödel.

Para Kurt Gödel um sistema só pode ser formalmente completo, se for necessariamente incompleto, como ocorre, por exemplo com o conjunto dos números reais, para ser completo, ele contém elementos inconsistentes, no caso, o infinito. Os dois teoremas de Gödel são:

Teorema 1 — Cada sistema formal S que abarque Z e que tenha um número finito de axiomas e que tenha regras de substituição e implicação como únicos princípios de inferência, é um sistema incompleto;
Teorema 2 — Em cada sistema S não se pode deduzir o enunciado de que S é consistente¹⁷.

Com esses teoremas, Gödel demonstra que, diante de paradoxos, não cabe insistir em provar a inconsistência de um dos paradoxos para, então, resolver o paradoxo; tão pouco é suficiente, para lidar com um paradoxo, recorrer a um terceiro paradoxo, a uma nova teoria, por exemplo, como ocorreu com a teoria dos tipos, proposta por Bertrand Russell para resolver o problema da completude da teoria dos conjuntos. A solução não está em buscar a eliminação do paradoxo, mas em desparadoxizá-lo saltando a outro paradoxo. Para fins da decisão jurídica, portanto do direito, temos a gödelização da racionalidade jurídica¹⁸, portanto o direito, para ser um sistema completo, tem que ser incompleto, por consequência, a decisão

judicial, operação do direito que é, contém elementos não jurídicos, os quais são processados pelo sistema jurídico em sua reflexividade, não previamente e necessariamente pela legislação.

Se com Gödel a teoria reflexiva da decisão jurídica não fica estagnada perante o paradoxo da completude do sistema jurídico, com a teoria dos sistemas que observam, com Heinz von Foerster, a teoria reflexiva da decisão judicial tem por direito um sistema que observa. Nessa perspectiva o tema do precedente, portanto de uma decisão judicial integrar o direito, ganha novos embates.

Aplicando a ideia de o direito ser um sistema de comunicação da sociedade, não uma interação jurídica ou uma organização jurídica, a decisão judicial não se confunde com a decisão jurídica, porquanto decisão judicial é uma decisão tomada num tempo e espaço delimitado, é um ato de um jurista (de um determinado delegado, advogado, procurador, promotor ou juiz) em um caso jurídico, é, pois, uma informação (*information*) ao sistema do direito, portanto não já direito. Por decisão jurídica temos uma operação do sistema do direito da sociedade, portanto reflexo da observação do sistema do direito (compreensão — *Verstehen*) de uma informação expressada (*Mitteilung*)¹⁹. Sendo o direito um sistema que observa, uma decisão judicial se torna precedente caso o direito siga tendo a em observação, ou seja, por recursividade, a decisão judicial venha a ter a forma de direito, ou ainda, a decisão judicial tome a forma de decisão jurídica, de operação do direito da sociedade. Esclarecendo, sistemas que observam, como afirma Heinz von Foerster (1911-2002), são aqueles capazes de aprendizado e, não, máquinas triviais²⁰; observam em segunda ordem, pois aprendem com observações de outros sistemas; são autorreferentes, equacionam, a partir de seus próprios elementos, sua reação diante de novidades de seu ambiente.

Noutras palavras, ter o direito como sistema que observa afasta a teoria reflexiva da decisão jurídica de dicotomias como direito e sociedade, direito e política, posto que o poder de decisão do juiz fica restrito ao âmbito da interação, do caso judicial. É que no âmbito interativo a decisão judicial é pensada como ação do magistrado que enuncia uma decisão. Todavia, no âmbito sistêmico, a decisão judicial é uma informação expressada a ser compreendida pelo sistema. Distinta da decisão judicial, a decisão jurídica é uma operação do sistema do direito da sociedade. Na teoria reflexiva, para que uma decisão judicial venha a compor o direito da sociedade, portanto vir a ser um precedente, ela precisa ser replicada, ou seja, recursivamente voltar a ser comunicada, referente. Enquanto decisão de um caso concreto, a decisão judicial é uma informação lançada ao direito que ira operar recursivamente, conforme sua autorreferência, podendo, então, autopoieticamente produzir o direito da sociedade. Afinal, autopoiesis é “a produção de indeterminação interna no sistema”²¹.

Dados coletados em sites de tribunais, bem como em sites de ONGs e entidades sociais (igreja, sociedade civil organizada, blogs de ativistas judiciais), em reportagens de jornais, bibliografia e legislação nos permitiu observar a presença de discursos próprios de movimentos sociais influenciando decisões judiciais. Dessas observações, questionamos a viabilidade

de se pensar o direito como sistema autorreferente, porquanto capaz de aprender com seu ambiente.

As pesquisas até aqui realizadas indicam que, tomar o direito como sistema que observa, viabiliza compreender que o direito não simplesmente incorpora (*order from order*) informações, nem se desagrega (*order from disorder*) ao viver interferências de seu ambiente — como nos casos apontados por Erwin Schrodinger no texto ‘What is Life’²² —, mas, à semelhança dos sistemas autorreferentes de Heinz von Foerster, direito é um sistema que aprende com seu ambiente (*order from noise*) porquanto capaz de incorporar irritações de seu ambiente, aquelas irritações que, autorreferencialmente, viabilizam a ampliação ou perda de energia, na manutenção e/ou mutação de seus próprios elementos.

É que a atuação do direito ante fatores externos não se dá automaticamente, mas sobre a influência de limites, portanto, da relação do direito consigo mesmo (direito é um sistema que se auto-organiza — *self-organizing system*) e da sua relação com seu ambiente (direito é um sistema acoplado estruturalmente ao seu ambiente). O direito não está isolado, mas em permanente contato e relação com seu ambiente (formado pela sociedade, pelos demais sistemas da sociedade, bem como pelos sistemas físicos, como as máquinas; por fatores biológicos; por fatores psíquicos)²³. Afinal, porque vivemos em sociedade produzimos, reproduzimos e produzimos imagens e comunicações que têm sentido porque imaginamos e comunicamos e, fazemos isso, não por reproduzir ou produzir, mas por nossa capacidade de compor. Por vivermos em sociedade, desenvolvemos a comunicação humana da maneira como a comunicação humana é²⁴. Esclarecemos que, composição, aqui, não é uma resultante das propriedades dos componentes da sociedade, mas construção mesmo na e do viver em sociedade²⁵.

Por fim, a terceira dicotomia, referente à capacidade do direito se reproduzir a partir de seus próprios elementos. Essa dicotomia trata justamente da autopoiesis do direito, portanto da capacidade de o direito conviver com seu ambiente, do acoplamento estrutural do sistema do direito da sociedade ao seu ambiente.

Iniciemos lembrando que observar é, ao mesmo tempo, selecionar e distinguir²⁶, do que resulta em o sentido ser recursivo, afinal o sentido detém um passado (história, memória) ao mesmo tempo em que se atualiza (referência ao presente). Quando comunicamos, operamos por observação e, portanto, distinguimos a temática de referência da comunicação da temática que não participará da comunicação. O sentido, portanto, contém uma referência marcada (lado interno do sentido) e uma não marcada (lado externo do sentido). É o que retiramos das “leis da forma”²⁷, nos termos de George Spencer-Brown, para quem conhecer implica promover uma distinção, o conhecimento ganha forma num meio que viabiliza sua formação. Conhecer é marcar, desenhar, limitar um saber; é distinguir o que marca e o que não marca um determinado saber. O lado marcado do que conhecemos designa uma fronteira (limite) em torno de algo, separando-o, assim, de tudo o mais, ao mesmo tempo em que, distingue o lado marcado de tudo o mais; estabelece uma fronteira entre o conhecido e o desconhecido; e envolve a travessia do lado limitado do conhecimento ao lado do desconhecido.

O paradoxo de o conhecimento conter, em si, o conhecido e o desconhecido, o lado marcado e o lado não marcado do conhecimento se desfaz com a teoria das formas de dois lados, para a qual a forma tem os seguintes axiomas e leis:

A distinção é uma perfeita continência.

Axioma 1: A lei do chamado. O valor de um chamado realizado novamente tem o valor do chamado.

Axioma 2: A lei da transposição. O valor de uma transposição realizada novamente é o valor de uma transposição.

Desses axiomas, Spencer-Brown desenvolve a forma da condensação e a forma do cancelamento, com as leis da forma:

$\overline{\neg\neg} \neg \rightarrow$ Primeira lei da forma (lei da condensação) = Forma da Replicação

$\overline{\neg} \rightarrow$ Segunda lei da forma (lei da cancelação) = Forma da Criação

Numa forma, portanto, está contida a replicação (histórica) e a criatividade (presente). Como toda forma é constituída num meio (diferenciação meio/forma), ela contém tanto o algo ao que se refere (a forma da forma) quanto o algo ao que não se refere (meio da forma, o ambiente que viabilizou a formação da forma). Assim, a forma tem dois lados, o interno (a forma) e o externo (o meio). O direito tem o lícito e o ilícito, estando no ambiente o ainda não direito.

É com Louis H. Kauffman que temos maior clareza do assunto, pois, seguindo as leis da forma de Spencer-Brown, Kauffman traz os termos autorreferência e recursividade para a teoria dos sistemas, com a teoria dos nós²⁸. Para Kauffman, os sistemas contém a si mesmo (lado interno) e ao seu ambiente (lado externo). Assim como a forma tem elementos do meio, os sistemas contém elementos do ambiente, pois se os sistemas não estão equilibrados, equacionados com seu ambiente eles deixarão de existir. Distingue-se, todavia, o ambiente interno do ambiente externo do sistema, ou seja, a autorreferência (referência a si mesmo, ao seu ambiente interno) da heterorreferência (referência ao seu ambiente externo).

Aplicando a perspectiva da teoria dos sistemas que observam à comunicação humana, temos que, quando conversamos, promovemos uma distinção entre o tema da conversa e o que não é tema da conversa. Sem essa distinção não há conversa. Não se conversa sobre tudo num mesmo e só tempo. Essa distinção, indispensável para haver a conversa, envolve a realização de seguidas outras distinções para que a conversa se desenvolva. Admitido que é assim, concorda-se que, na condução de uma conversa, o tema é constantemente reintroduzido (*re-entry*), é, justamente por isso, seguirmos conversando sobre o mesmo tema numa conversa, ao mesmo tempo em que, para seguirmos conversando, necessariamente incluímos novas informações na conversa. Mudar de tema não é sempre possível,

todavia isso “é outra conversa”. A reentrada do tema de uma conversa na conversa, para que sigamos mantidos na mesma conversa, dá-se pela promoção de novas seleções/distinções e seguidas seleções/distinções. Essa operação de selecionar/distinguir é chamada observação, realizada quando comunicamos.

A cada distinção é processada novamente a referência ao tema, ao mesmo tempo em que ocorre a inclusão de novas reflexões, as quais têm lugar na medida em que tenham relação com o tema da conversa. O primeiro movimento é o que Louis H. Kauffman chama de recursividade da forma na forma; no segundo, autorreferência.²⁹ Cada sentido, assim, tem seu significado no próprio sentido (autorreferência) ao mesmo tempo em que se refere ao lado não referenciado da distinção (heterorreferência)³⁰.

Acatar o até aqui afirmado permite admitir que todo sentido tem um lado interno referenciado e um lado externo, aquele temporariamente não referenciado, mas potencialmente presente e que pode vir a ser referenciado a qualquer tempo.

Nessa perspectiva, direito é toda comunicação sobre lícito-ilícito que ocorre na sociedade. Nas palavras de Luhmann:

(...) ao sistema jurídico pertencem apenas as comunicações orientadas pelo código do direito, só aquelas comunicações que firmemente mapeiam os valores lícito/ilícito (Recht/Unrecht). A razão disso é que só uma comunicação desse tipo busca e afirma uma integração recorrente na rede do sistema do direito. Só uma comunicação dessa natureza requer do código uma forma de abertura autopoietica, como necessidade de mais comunicações no sistema do direito. Esse tipo de comunicação pode ocorrer na vida cotidiana a partir dos mais diversos motivos³¹.

Sendo assim, decidir casos jurídicos é atribuir sentido a algo, é distinguir entre lícito e ilícito. Anuir com tal afirmação implica admitir que cada caso judicial provoca uma informação ao sistema do direito, cabendo a este último operar tal informação, portanto, observar (marcar, assinalar e distinguir) o que será lado marcado (lícito/ilícito) e lado não marcado (ambiente). Nessa concepção, dados e informações referentes ao fático, num processo, passa pelo filtro autorreferente do que será tratado como relevante e como não relevante a ser trazido aos autos processuais. É o que fazem os juristas — advogados, procuradores, promotores — em suas petições e argumentação orais em audiências judiciais, pois selecionam, filtram, o que incluir e não incluir em seus argumentos no caso judicial.

Não pense, leitor, que reduzimos os caminhos dos movimentos sociais ao âmbito processual judicial. Sabemos que caminhos políticos e econômicos também são utilizados, todavia, para fins deste texto, apenas exploramos as pesquisas relativas aos caminhos no âmbito jurídico. Referimo-nos a quando movimentos sociais fazem passeatas, bem como o MST ocupa uma terra para pressionar o governo a promover ou agilizar uma reforma agrária. Esse debate nos levou ao tema do discurso, afinal, como classificar um discurso como jurídico e não político ou econômico? A questão nos remete à teoria dos discursos constituintes de Dominique Maingueneau.

3. BASE LINGUÍSTICA DA TEORIA REFLEXIVA DA DECISÃO JURÍDICA

Com a teoria dos sistemas obtemos categorias analíticas sistêmicas como recursividade, autorreferência e autopoiesis para lidar com a decisão jurídica como operação do sistema do direito e não como ato decisório ou mesmo poder de decisão. Todavia, questões seguem, principalmente envolvendo embates linguísticos. Para lidar, por exemplo, com o quanto cada participante se dedica a traçar cenas de enunciação para legitimar seus argumentos, recorreremos à teoria do discurso constituinte de Dominique Maingueneau, da qual retiramos a ideia de que, por mais não jurídico que seja um argumento enunciado, discursivamente se pode identificar a pretensão em involucrar um argumento como integrante de um discurso, em nosso caso, de um discurso jurídico.

Com Maingueneau temos a distinção entre enunciado e discurso, fundamental para a identificação do lugar de onde parte um falante ao enunciar, explicitar seus argumentos, pois, enquanto enunciação é um “dispositivo constitutivo da construção do sentido e dos sujeitos que aí se reconhecem”³², discurso é “organização de restrições que regulam uma atividade”³³, o que leva à ideia de discursos como limite à linguagem, por “deverem gerar textualmente os paradoxos que seu estatuto implica”³⁴. Justamente como alternativa a esses paradoxos, Maingueneau propõe os discursos constituintes, os quais — por suas dimensões normativa (“processo pelo qual o discurso se instaura, construindo sua própria emergência no interdiscurso”) e política (“modos de organização, de coesão discursiva”) — pretendem delimitar “o espaço que engloba a infinidade de ‘lugares-comuns’ que circulam na coletividade”³⁵.

Discursos constituintes são aqueles discursos que têm a pretensão de “não reconhecer outra autoridade além da sua própria, de não admitir quaisquer outros discursos acima deles. Isso não significa que as diversas outras zonas de produção verbal não exerçam ação sobre eles; bem ao contrário, existe uma interação constante entre discursos constituintes e não constituintes, assim com entre discursos constituintes”³⁶. À semelhança dos sistemas que observam, dos sistemas autopoieticos, os discursos constituintes são constituídos por uma memória e uma capacidade de adaptação ao por vir, assim não fosse, não seria discurso, mas enunciado, afinal “as formações discursivas possuem duas dimensões — por um lado, sua relação com elas mesmas, por outro, sua relação com o exterior — mas é preciso pensar, desde o início, a identidade como uma maneira de organizar a relação com o que se imagina”³⁷.

Aplicando essas informações à teoria reflexiva da decisão jurídica, um discurso é jurídico não porque enunciado por um jurista, mas por lidar com a forma de sentido do direito. Um discurso é jurídico quando referente a algo ser lícito ou ilícito. Na análise de discurso de Maingueneau lemos que “quando os linguistas precisam encarar a heterogeneidade enunciativa, são levados a distinguir duas formas de presença do ‘Outro’ no discurso: a heterogeneidade ‘mostrada’ e a heterogeneidade de ‘constitutiva”³⁸. A heterogeneidade “mostrada” “permite apreender

sequências delimitadas que mostram claramente sua alteridade (discurso citado etc.)” e a heterogeneidade “constitutiva” está ligada à dialeticidade de todo discurso, portanto, ao “universo discursivo”, ao horizonte delimitador das formações discursivas devido à conjuntura em que ocorre. Quando se está debatendo sobre se algo é lícito ou ilícito aplicar a terminologia própria do direito legítima o que se afirma, com isso temos que o universo discursivo do direito delimita que elementos terão mais possibilidade de ingressar no campo discursivo do direito. Lembramos que “campo discursivo” é “conjunto de formações discursivas que se encontram em concorrência, delimitam-se reciprocamente em uma região determinada do universo discursivo”³⁹, já o espaço discursivo, contido no interior dos campos discursivos, são “subconjuntos de formações discursivas que o analista julga relevante para, a seu propósito, colocar em relação”⁴⁰. Para Maingueneau, “o interdiscurso consiste num processo de reconfiguração incessante no qual a formação discursiva é levada [...] a incorporar elementos pré-construídos, produzidos fora dela”⁴¹. Com isso temos que o discurso jurídico não é isolado dos demais discursos constituintes (político, filosófico, literatura etc.).

Com Maingueneau, os enunciados dos discursos constituintes são fechados em sua organização interna ao mesmo tempo em que são reinscritíveis em outros discursos (são capazes de se impor e remodelar para incluir novos enunciados)⁴², o que nos remete à concepção de que “o mundo é um potencial de surpresas ilimitado; é informação virtual que, não obstante, necessita de sistemas para gerar informação; melhor dizendo, para dar sentido de informação a certas irritações selecionadas. Por conseguinte, toda identidade deve ser entendida como resultado do processamento de informações”⁴³.

Com a teoria reflexiva, portanto, sociedade e discurso são vistos como rastros do contínuo e, ao mesmo tempo, do descontínuo do texto, do enunciado, do social, do discurso, pois o dito e o não dito integram o dito. Aplicando essa concepção à decisão jurídica, podemos observar a construção do direito, portanto a formação de sentido do direito, a partir de decisões judiciais e nelas identificar discursos de movimentos sociais. Observamos, pois, a adaptação do direito ao social, afinal, a mudança social não necessariamente é um ilícito, como a própria prática jurídica revela que não é. A ambivalência ordem/mudança no direito é observável a partir da decisão judicial, afinal “o sentido é fronteira e subversão da fronteira, negociação entre pontos de estabilização da fala e forças que excedem toda localidade”⁴⁴, bem como “enunciar não é somente expressar ideias, é também tentar construir e legitimar o quadro de sua enunciação”⁴⁵; e

(...) no espaço discursivo, o Outro não é nem um fragmento localizável, uma citação, nem uma entidade exterior; não é necessário que seja localizável por alguma ruptura visível da compacidade do discurso. Encontra-se na raiz de um Mesmo sempre já descentrado em relação a si próprio, que não é em momento algum passível de ser considerado sob a figura de uma plenitude autônoma. É o que faz sistematicamente falta a um discurso e lhe permite fechar-se em um todo. É aquela parte de sentido que foi necessário que o discurso sacrificasse para

*constituir sua identidade. Disso decorre o caráter essencialmente dialógico de todo enunciado do discurso, a impossibilidade de dissociar a interação dos discursos do funcionamento intradiscursivo. Essa imbricação do Mesmo e do Outro retira à coerência semântica das formações discursivas qualquer caráter de 'essência', caso em que sua inscrição na história seria assessória; não é dela que a formação discursiva tira o princípio de sua unidade, mas de um conflito regrado*⁴⁶.

Para não confundir discurso com enunciado, argumento ou texto, Mainueneau propõe como discurso o “artefato constituído para e por um procedimento de análise que terá a função de situar e configurar, em dado espaço-tempo, enunciados em arquivo”⁴⁷. A complexidade do termo discurso nos leva à ideia de o discurso, simultaneamente, ser constituído por: a) supõe uma organização transfrástica (o discurso é uma organização situada para além da frase, porquanto vivenciam regras de uma organização, de uma comunidade discursiva); b) é orientado; c) é uma forma de ação; d) é interativo; e) é contextualizado; f) é assumido; g) é regido por regras, normas; h) é considerado no bojo de um interdiscurso⁴⁸.

Não esclareceremos cada uma dessas características do discurso, todavia, devido a elas, essa concepção de discurso está situada na perspectiva pragmática e, inclusive, diferenciado de texto e enunciado, porquanto textos são “unidades verbais pertencentes a um gênero de discurso” e enunciado, a diferença de enunciação, é uma “marca verbal de um acontecimento que é a enunciação”⁴⁹.

Visualizamos, pois, discurso jurídico como uma espécie de discurso que contém regras, limites, organicidade (o discurso, como unidade transfrástica, está submetido às regras de organização vigentes em um grupo social determinado), temporalidade (o discurso é orientado inclusive por se desenvolver no tempo), contextualidade (o sentido do discurso requer a contextualização do enunciado, da identificação de sujeitos como fontes de referências pessoais, temporais e espaciais, além da modalização), interatividade constitutiva (dialogismo, interdiscurso).

Com essa noção de discurso incluída na perspectiva reflexiva da teoria dos sistemas, temos uma teoria reflexiva da decisão jurídica, portanto uma teoria que lida com a decisão jurídica como operação do sistema do direito e não como já direito. Com isso, a decisão judicial é uma enunciação, uma informação, a ser processada no discurso jurídico, no sistema do direito da sociedade.

Pesquisamos casos em que movimentos sociais buscam direitos em processos judiciais para observar como reivindicações desses movimentos promovem inclusão e exclusão no direito estatal.

4. PESQUISAS REALIZADAS

Dentre as pesquisas já realizadas apresentaremos primeiro a questão da licitude do uso de vídeo conferência para ouvida de depoimento de réu preso; em seguida a pesquisa realizada sobre o caso da inclusão na

expressão “entidade familiar” da união entre pessoas do mesmo sexo; por fim, a pesquisa sobre anencefalia.

Com a inovação, mudanças nos meios de comunicação geraram a possibilidade de, por meio da videoconferência, um réu ser interrogado no presídium. Ocorre que para ocorrer mudança no direito processual, conforme previsto na Constituição Brasileira, é necessário que o Congresso Nacional legisle. O acoplamento direito e política é patente, afinal mudanças na prática do Poder Judiciário (organização do sistema do direito) requer e depende de mudanças na legislação promovida pelo Congresso Nacional (organização do sistema da política).

No estado de São Paulo-Brasil, foi promulgada a Lei nº 11.819, de 5 de janeiro de 2005, que permitiu ser realizado interrogatório de um réu preso por meio de videoconferência, especificamente quando se tratar de acusado por crime de grande periculosidade, a exemplo de narcotraficante.

Advogados, através de recursos, levaram o assunto ao Superior Tribunal de Justiça (STJ) — que é a Corte Maior para decidir recursos sobre legislação brasileira, como o Código Civil, o Código Penal, o Código de Processo Civil etc. — e ao Superior Tribunal Federal (STF) — que é a Corte Maior para decidir sobre casos e recursos relativos à aplicação da Constituição Federal Brasileira. Nessa investigação utilizamos textos de decisões desses Tribunais para verificar a construção de sentido do direito. Foram coletadas vinte e uma (21) decisões do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP), três (3) decisões do STJ e sete (7), do STF.

A leitura das decisões nos levou a observar que era constante afirmar que a Lei nº 11.819 era uma lei inconstitucional, afinal apenas o Congresso Nacional é o Poder competente para promulgar leis referentes ao direito processual. As decisões do TJSP negaram que se tratava de lei inconstitucional e que, inclusive, não havia violação de nenhum direito do réu preso ao se realizar interrogatórios por meio da videoconferência, mas sim garantiam direitos, pois com a videoconferência se evita riscos de fuga do detento durante o seu transporte para o local em que o réu iria ser ouvido, o Fórum. Além disso, a videoconferência melhorou o serviço da polícia e evita gastos com dinheiro público, pois para uma operação de transporte de réu é necessário mobilizar muitos policiais, veículos e outros recursos, principalmente quando o réu é um narcotraficante.

Os recursos apresentados pelos advogados no STJ não tiveram êxito, pois neste tribunal foi mantido o entendimento da interpretação do TJSP. Em *Habeas Corpus* HC 34020/SP, o relator afirmou, aos 15/09/2005, que: “o interrogatório realizado por videoconferência, em tempo real, não viola o princípio do devido processo legal e suas consequências”. Esta interpretação se repetiu em 10/05/2007, no HC 76046/SP, no qual o Relator afirmou: “a estipulação do sistema de videoconferência para interrogatório de réu não ofende as garantias constitucionais do réu, o qual, em tal hipótese, conta com o auxílio de dois advogados, um deles na sala de audiência e o outro na prisão ao lado do réu”.

Insistindo na inconstitucionalidade da Lei nº 11.819, de São Paulo, advogados impetraram *Habeas Corpus* no STF. Compete ao Presidente do STF julgar pedidos de *Habeas Corpus* devido ao carácter de urgência do processo.

Observamos que as primeiras decisões foram no sentido de afirmar que não há inconstitucionalidade, mantendo-se a interpretação de que o depoimento por videoconferência não é ilícita; estas decisões foram emitidas nos dias 05 e 06 de julho de 2007, já com referência a decisão tomada no HC 90.900, de 27 de março de 2007. Em 14/08/2007, o *Habeas Corpus* 88.914-o/SP foi julgado pela Segunda Turma do STF considerando a Lei nº 11.819 como inconstitucional, sob a afirmação que a videoconferência é desumana por produzir perda do contato pessoal do réu com o julgador, a videoconferência torna o serviço prestado pelo Poder Judicial uma atividade “mecânica e insensível”. Afirma, ademais, que “ansioso, o acusado aguarda o momento de estar presente diante de um julgador natural”.

Nossa pesquisa se pauta por observar justamente mudanças no sistema do direito. A presença de discursos pautados pela humanização do depoimento versos a redução dos riscos de o narcotraficante poder ser resgatado ou mesmo os gastos econômicos envolvidos é observado como produção de sentido do próprio direito. Não se trata de observar uma ou outra decisão, mas sim a produção de sentido do direito da sociedade, ou seja, como é possível o direito produzir seu próprio sentido, o que envolve justamente observar não o argumento de um julgador, um advogado, um promotor, mas sim o direito, a decisão judicial, não a decisão jurídica ou a decisão judiciária, ou seja, o direito como sistema operando por decisões próprias, não por decisão de magistrados ou decisões de tribunais. Não retiramos poder do magistrado, apenas temos que o direito como sistema social não se confunde com o Poder Judiciário como organização do sistema jurídico⁵⁰.

Observamos como juristas (advogados, promotores e magistrados) exploraram textos legislativos e outros fatores de informação para comunicar ser lícito a videoconferência e que não identificavam a perda de quaisquer direitos pelos réus. Os que comunicaram ser a Lei nº 11.819 ilícita, portanto inconstitucional, recorreram também a textos de leis e a outros fatores para identificar direitos que eram perdidos e que prejudicavam os réus. A presença de fatores econômicos e políticos é evidente, todavia a presença deles não é explícita o suficiente para se poder afirmar que eles se sobrepuseram aos fatores jurídicos. Observamos recursividade do direito na produção do direito. Nas palavras de Luhmann “todo operar com sentido sempre reproduz também a presença deste excluído, porque o mundo de sentido é um mundo total: o que exclui, exclui em si mesmo”⁵¹.

Outra pesquisa é o caso dos caminhos trilhados por movimentos sociais para defender direitos presentes em casos de relacionamentos de pessoas do mesmo sexo (homossexualidade). Os direitos presentes na união de pessoas do mesmo sexo tiveram início nos debates jurídicos a partir da defesa de direitos de propriedade, quando ações judiciais envolvendo direito à pensão, previdência social, divisão dos bens entre na separação do casal tiveram lugar no STJ, seguindo-se de questões sobre o direito de criar filhos, adotar etc., até assumir a forma jurídica de entidade familiar. Maria Berenice Dias, em artigo, afirma que união homoafetiva não é apenas dividir economias, envolve sentimentos. É que direitos patrimoniais já vinham sendo reconhecidos em casos de relação homossexual. Berenice Dias alerta sobre o ir e vir, no Judiciário, do reconhecimento de

direitos a esta maneira de união humana, pois os mais de 800 processos que tramitaram no Judiciário veem sendo julgados de diversas maneiras. A autora identifica decisões judiciais que reconheceram direito de sucessão, direito relativo à pensão (INSS), direito de adoção, direitos relativos à mudança de nome e sexo em certidões de nascimento⁵².

Aos 10 de fevereiro de 1998, no Recurso Especial no. 148897/MG que tramitou na 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar, foi reconhecida a união homoafetiva como sociedade de fato. Aos 17 de junho de 1999, o Desembargador Breno Moreira Mussi do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, relator do Agravo de Instrumento nº 599075496, julgado na 8ª Câmara Cível, decide que ações judiciais envolvendo união entre pessoas do mesmo sexo devem tramitar em Vara de Família. Assim, a “novidade” da decisão de 05 de maio de 2011, do STF, não foi assim tão nova.

Porém, em 2004 não deixou de haver decisões julgando como ilícito direitos de casais homossexuais e, nesse mesmo ano, houve decisões considerando lícito direitos desses casais. Ainda hoje, há decisões que reconhecem e outras que negam a união de casais formados por pessoas do mesmo sexo como entidade familiar. Em 2008, o STJ, em Recurso Especial (RE 820.475) referente à Ação Declarativa de União Homoafetiva, foi reconhecida a união como entidade familiar sob os argumentos que não há impedimento legal expresso, pois não há laguna no direito por não haver proibição expressa. Assim, como na constituição consta que família é a união entre homens e mulheres, contudo nada proibindo expressamente a família homoafetiva, está é lícita. Chama atenção o recurso a discursos não legais para a tomada de decisão. O que, mais uma vez indica que a visão de mundo dos julgadores não se limita nem esgota nas fontes legais e dogmáticas do direito. Com isso, temos que a produção de sentido do direito não se esgota nos textos legislativos nem nas decisões jurídicas, antes, vai além do Estado.

A decisão de 05 de maio de 2011, do STF, teve início dia 04 de maio quando falaram os dez *amicus curiae*, no dia 05 de maio, os ministros do STF anunciaram seus votos e, ao final, tivemos prolatada a decisão. Um ponto central foi a literalidade da expressão “entidade familiar”. Representantes da CNBB e da AEB afirmaram a impossibilidade de haver outra interpretação que não negar que o convívio entre duas pessoas do mesmo sexo é equiparável à união entre homem e mulher. Assim é porque o texto constitucional contém “união estável entre o homem e a mulher” para se ter como lítica a “entidade familiar”. Os demais *amicus curiae*, os favoráveis à equiparação, pautaram suas alegações pelo argumento da lacuna no sistema jurídico. A literalidade, neste caso, está na ausência de vedação expressa à união de pessoas do mesmo sexo ser entidade familiar. Assim, no texto constitucional, a expressão “entidade familiar” comporta a inclusão da relação homoafetiva, afinal o direito já reconhece outras formas de união familiar diversa da família entre homem e mulher como “entidade familiar”. Também os *amicus curiae* favoráveis à equiparação recorreram aos princípios constitucionais da igualdade, liberdade e dignidade da pessoa humana, para argumentar que a literalidade está constituída por diversos textos, afirmam que

a ideia de justiça presente na constituição federal brasileira está pautada pela inadmissibilidade de discriminação, portanto, é inconstitucional toda legislação preconceituosa, toda legislação que nega o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como equiparada à entidade familiar. Assim, a “literalidade” do texto constitucional (Art. 226, § 3º) está constituída pelo suporte advindo dos princípios constitucionais. Há uma “inconstitucionalidade na constituição”, afirma a Ministra do STF Carmem Lúcia.

Aplicando nosso aporte teórico, afirmamos que não há que confundir literalidade com haver mais de uma interpretação possível⁵³, inclusive, “na produção de sentido através da comunicação, a recursividade se obtém sobre tudo por palavras de linguagem, as quais — ainda que sejam as mesmas — podem ser utilizadas nas mais diversas situações”⁵⁴. Com Marcuschi, temos a ideia de que o sentido é um partilhamento de conhecimentos. Como detalharemos mais adiante. O conteúdo de uma expressão, de um instituto jurídico não está já estabelecido previamente no texto, no poder do julgador nem em qualquer outro lugar. Esse conteúdo é estabelecido constantemente, afinal, sentido é forma de dois lados: memória e mudança; história e renovação⁵⁵. Assim, podemos compreender como é possível se afirmar que a ausência de um regime jurídico específico para a união entre pessoas do mesmo sexo não pode implicar exclusão, nos termos da legislação atual, dessa união como espécie de entidade familiar.

Aqui não é o caso de detalhar cada argumento, cada decisão judiciária, mas observar a presença de fatores diversos dos jurídicos, portanto que a decisão jurídica (operação do sistema do direito da sociedade) não se confunde com uma decisão judicial nem com a decisão judiciária, afinal o direito como sistema da sociedade é um sistema que observa e, como tal, é capaz de aprender com seu próprio ambiente, portanto com a sociedade e seus demais sistemas sociais.

Por fim, apresentamos uma pesquisa sobre aborto. Agradeço a participação de Thaís Guedes Alcoforado de Moraes no levantamento de dados. A ideia da pesquisa teve lugar quando, em Recife-PE, Brasil, dia 03 de março de 2009, um médico realizou aborto, com o consentimento da mãe, em uma criança de nove anos que havia sido violentada por seu padrasto, afirmando que a continuidade da gravidez implicariam sérios riscos à vida da criança. O Arcebispo de Olinda e Recife, Dom José Cardoso Sobrinho excomungou o médico. Nos jornais o advogado da igreja afirmou que iria representar a mãe junto ao Ministério Público Estadual. De pronto localizamos a presença de diversos sistemas da sociedade no caso, pelo menos explicitamente temos a presença do sistema jurídico, do político, do científico e do religioso. Essa pesquisa foi fundamental para observarmos a autonomia do direito na produção de sentido do direito, mesmo em países em desenvolvimento, como o Brasil.

No Brasil, aborto é ilícito conforme o Código Penal Brasileiro. A pena máxima para o aborto consentido é pode chegar a até dez anos de reclusão. Embora classificado como crime contra a vida, o bem jurídico tutelado não é a vida humana, mas a sua formação embrionária, a vida intrauterina desde a concepção até momentos antes do parto. O tema tem sido objeto de debates em diversos países desenvolvidos e subdesenvolvidos e

cresceu devido a casos de aborto de feto anencefálico. No Brasil não há lei expressa excluindo a ilicitude desse tipo de aborto. O debate envolve movimentos sociais em defesa dos direitos humanos, feministas, movimentos religiosos, educadores e juristas.

Em 2004, a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CTNS) ofereceu, perante o Supremo Tribunal Federal, ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental sobre o assunto (ADPF 54). Dentre os argumentos, foram citados violação ao artigo 1º, IV (a dignidade da pessoa humana), o artigo 5º, II (princípio da legalidade, liberdade e autonomia da vontade) e os artigos 6º, *caput*, e 196 (direito à saúde), todos da Constituição Federal. Os atos do Poder Público causadores da lesão seriam os artigos 124, 126, *caput*, e 128, I e II do Código Penal. Após seis anos de tramitação, a ADPF 54 foi julgada pelo STF, nos dias 11 e 12 de abril de 2012, tendo o voto do relator prevalecido, por 8 a 2, determinando a constitucionalidade do aborto de feto anencefálico e, portanto, acrescentando ao direito brasileiro mais uma hipótese de descriminalização do aborto, ainda que sem alteração de texto no Código Penal.

Com isso já se pode observar que o direito como sistema social aprende com seu ambiente a partir de seus elementos, critérios internos. O direito não é um sistema isolado, mas sim um sistema em constante reprodução e produção da sociedade.

Os dados trazidos pelos médicos foram considerados comunicações do sistema científico, assim, para observar a comunicação que a medicina enuncia sobre o tema (aborto de anencéfalos), realizamos um recorte no nosso universo amostral, que consiste no posicionamento do Conselho Federal de Medicina (CFM) e da Federação Brasileira das Associações de Ginecologia e Obstetrícia (FEBRASGO) na audiência pública para a ADPF 54. Tanto a FEBRASGO como o CFM afirmam que a manutenção da gestação em casos de anencefalia aumenta o risco de morbimortalidade materna. Apontam questões de saúde nessas gestantes como hipertensão arterial e aumento do volume de líquido amniótico (polidrâmnio), alterações respiratórias, hemorragias vultosas por descolamento prematuro da placenta, hemorragias no pós-parto por atonia uterina e embolia de líquido amniótico (grave alteração que cursa com insuficiência respiratória aguda e alteração na coagulação sanguínea). Sem esquecer os abalos psíquicos a que a mulher está sujeita. O Doutor Roberto Luiz D'Ávila, representando o CFM na audiência pública quanto à ADPF 54, afirmou que:

Se respeitamos a autonomia [da mulher], essa autonomia tem de ser respeitada no seu desejo de progredir a gravidez, por algum motivo, que não importa qual no momento — mas se ela diz: eu não posso carregar comigo esse bebê que não terá pensamento, não será pessoa humana como o Direito protege, no sentido de ter toda potencialidade, e por isso a sua atipicidade no enquadramento penal. Para o Código Penal — segundo o entendimento de um médico que trabalha dia a dia no seu consultório — o que importa é a expectativa de vida, é todo potencial de alguém que será, mesmo com a promessa de vir a ser alguém. O anencéfalo não será.⁵⁶

Com base nesta definição de morte encefálica, a FEBRASGO afirma que a antecipação do parto de feto anencefálico não é um procedimento abortivo. Defendem, assim como o CFM, a atipicidade desta conduta, uma vez que não sendo aborto, não pode ser crime.

Quanto à religião, foram coletados dados sobre o posicionamento da Confederação Nacional de Bispos no Brasil (CNBB). A escolha desta organização se justifica por ser o catolicismo a religião mais tradicional no país e a que ainda exerce certa hegemonia no contexto nacional brasileiro. A CNBB publicou em seu site oficial a “Nota da CNBB sobre Aborto de Feto “Anencefálico” Referente à Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54 do Supremo Tribunal Federal”⁵⁷. Dados também foram coletados da declaração do Padre Luiz Antônio Bento, Assessor Nacional da Comissão Episcopal para a Vida e a Família da CNBB, que representou a CNBB na audiência pública relativa à ADPF 54⁵⁸.

Para a CNBB aborto é “uma morte deliberada direta, independentemente da forma como é realizado, de um ser humano na fase inicial de sua existência, que vai até o parto”.⁵⁹ No caso do feto anencefálico, a permissão ao aborto pode levar à eugenia, que, de acordo com o Padre Luiz Antônio Barreto, já deixou marcas profundas na história da humanidade e que provavelmente nunca serão apagadas. Busca-se eliminar o feto anencéfalo porque este não se encaixa nos padrões (arbitrários) do que se espera de um ser humano na sociedade atual. A CNBB reconhece o sofrimento da família e, especialmente da gestante de um feto anencéfalo, porém, “este sofrimento não justifica nem autoriza o sacrifício da vida do filho que se carrega no ventre.”⁶⁰ Entre os ensinamentos bíblicos explicitamente mencionados pela CNBB para sustentar sua posição, estão: “Não matarás” (Ex 20,13); “Escolhe, pois, a vida” (Dt 30,19); e a afirmação de que Jesus Cristo veio “para que todos tenham vida e vida em abundância” (Jo 10,10).⁶¹

Dentre os juristas, predomina a visão que a obrigação imposta à mulher de manter a gravidez indesejada de um anencéfalo acarretará graves distúrbios psicológicos na gestante, em decorrência da *tortura* sofrida e de um tratamento degradante — o que é vedado pelo inc. III do art. 5º da nossa Constituição Federal. Além disso, tal imposição violaria a autonomia da gestante, que representa um dos pilares da teoria principialista, a mais aceita na Bioética atual.⁶² Para Luiz Régis Prado, nesses casos se constata apenas um desvalor de situação ou de estado que ingressa no âmbito do risco permitido, atuando como excludente do desvalor da ação. Também não há que se falar em causa de justificação, pois o anencéfalo não seria biologicamente capaz de concretizar-se em uma vida humana viável. Como a anencefalia não enseja, de acordo com o autor, um processo de vida, mas sim um “processo de morte”, falta o dolo ou a culpa — necessários à configuração do crime — assim como falta um resultado típico.⁶³

Antes do julgamento da ADPF 54, quando a gestante descobria que seu feto era anencefálico e, caso quisesse interromper a gravidez, deveria buscar esta permissão junto à Justiça. No entanto, na falta de um marco legal claro, os magistrados proferiam decisões discrepantes a partir majoritariamente de princípios constitucionais que, maleáveis que são, acabam por moldar-se às idiosincrasias dos juízes, ferindo o princípio da segurança jurídica

(art. 5º, XXXVI, da CF/88). Decisões de diversos tribunais no Brasil impediam a gestante de proceder à interrupção da gravidez. O Superior Tribunal de Justiça em julgamento considerou ilícito o aborto em caso de anencefalia, inclusive afirmando que:

*A legislação penal e a própria Constituição Federal, como é sabido e consabido, tutelam a vida como bem maior a ser preservado. As hipóteses em que se admite atentar contra ela estão elencadas de modo restrito, inadmitindo-se interpretação extensiva, tampouco analogia in malam partem. Há de prevalecer, nesse casos, o princípio da reserva legal. 4. O Legislador eximiu-se de incluir no rol das hipóteses autorizativas do aborto, previstas no art. 128 do Código Penal, o caso descrito nos presentes autos. O máximo que podem fazer os defensores da conduta proposta é lamentar a omissão, mas nunca exigir do Magistrado, intérprete da Lei, que se lhe acrescente mais uma hipótese que fora excluída de forma propositada pelo Legislador.*⁶⁴

O STF, ao julgar a ADPF 54 tornou constitucional interromper a gestação de fetos anencefálicos, tendo a maioria dos ministros (8 x 2) acompanhado o voto do Ministro Relator (Marco Aurélio). Assim julgou afirmando que o Brasil é laico. Além de afastar o fator religioso, pautado por pronunciamentos de entidades representativas do sistema científico, em sede de audiências públicas, o STF concordou que anencefalia é equiparável à morte cerebral, não havendo expectativa de vida em tais casos, o que afasta a violação de direito à vida e indica que a nomenclatura ser alterada para interrupção da gestação em caso de anencefalia e não aborto. Ainda quanto à nomenclatura, afasta o adjetivo “eugênico”, aduzindo haver inegável carga ideológica negativa neste termo. Reconhece, ademais, que o direito à vida, apesar de no caso não ser violado, não apresenta caráter absoluto, sendo relativizado pelo direito brasileiro quando em conflito com outros direitos fundamentais, em diversos momentos. Contempla ainda os direitos da mulher que estão em jogo, em especial o direito à saúde, entendido não só como bem-estar físico, como também psíquico.

5. PARA QUE UMA TEORIA REFLEXIVA DA DECISÃO JURÍDICA

A teoria reflexiva da decisão jurídica (TRDJ) auxilia a uma compreensão dos movimentos do direito na construção de sentido para situações sociais não previstas em legislação, a exemplo crime de bagatela, função social do contrato, socioafetividade, homoafetividade, abandono afetivo etc., bem como mudanças de leitura e, portanto, de sentido de temas históricos como contrato, família, propriedade, etc.

Afirmar que o direito se adapta à sociedade não implica afirmar que o direito está sempre justo e em plena sintonia com a sociedade, mas sim que é a sociedade, em seus movimentos, que provoca mudanças no direito. Se a velocidade de mudança é muito lenta e as resistências dos juristas são

muito fortes, não se pode concluir que o direito está sempre em contra mão dos movimentos sociais, nem que os ignora.

Nossas pesquisas têm nos permitido observar a presença e influência de discursos dos movimentos sociais em decisões jurídicas, bem como a presença e influência de discursos econômicos, políticos, religiosos etc.. Não por isso concluímos que o direito é um instrumento de poder nas mãos dos dominadores, que o direito é um sistema em favor da corrupção, da criminalidade.

Afirmar que a TRDJ identifica que o direito como sistema de comunicação da sociedade sofre mutações devido às mudanças sociais não implica defender que o direito está funcionando, em países como o Brasil, com justiça, afinal não ignoramos que “direito civil é direito de rico e direito penal direito do pobre”, que, para uns, “respeitar as leis é sinal de fraqueza social, política e econômica”, “que interesses econômicos e políticos influenciam no direito”. Todavia, entendemos que esses interesses não determinam o direito.

Uma teoria, inclusive, não se confunde com um manifesto ou com um modelo à felicidade. Teoria não passa de um instrumental analítico. Uma teoria é sempre e necessariamente limitada, afinal, um observador “não vê o que não vê”⁶⁵, portanto, não pode observar o que não observou, afinal “tudo o que é dito, é dito por um observador”⁶⁶, mas que a teoria aprende com observações de outra teoria, afinal a teoria mesma e uma observação de segunda ordem. É que o observador não é um ser humano físico, individual, mas um sistema de observação, porquanto teoria. A teoria, como sistema que observa, aprende com outras teorias. Sendo, portanto, reflexiva, a teoria mesma observa (assinala e distingue) cada vez que é aplicada, afinal os sistemas circulares reflexivos atuam com auto-observação e autodescrição, ou seja, a realização, pelo próprio sistema, da seleção de elementos e relações. É que “não é possível fazer uma indicação sem fazer uma distinção”⁶⁷.

Admitir que existem sistemas auto-organizadores é admitir que o sistema vive em constante estado de interação com o ambiente, interação que implica reconhecer que o sistema observe energia e ordem do próprio ambiente, bem como que existe uma realidade do ambiente e que esta possui uma estrutura⁶⁸, do que, aplicando a visão física de Erwin Schrödinger, Foerster apresenta o princípio da “ordem da desordem”⁶⁹. Nas palavras de Foerster: “si considero um universo finito U_0 ... e imagino que esse universo U_0 tenha uma superfície fechada que divida o universo mesmo em duas partes reciprocamente distintas: uma das duas partes é completamente ocupada por um sistema auto-organizador S_0 , enquanto a outra a podemos chamar de ‘ambiente’ A_0 do sistema auto-organizador: S_0 & $A_0 = U_0$. A isso posso acrescentar que é indiferente colocar o nosso sistema auto-organizador no interior ou no exterior da superfície fechada. Indubitavelmente, esse sistema auto-organizador se permite escolher, a qualquer tempo, sua própria tarefa de auto-organizar-se, neste intervalo de tempo, a sua entropia será necessariamente diminuída, o que não o transforma num sistema mecânico, mas ainda termodinâmico”⁷⁰.

Nessa lógica, o direito reflete a sociedade. Reflexo de seu ambiente, o direito desenvolve recursivamente suas próprias características, seus

elementos, sua infinitude interior e, por meio de seus próprios elementos (autorreferência) se reproduz (autopoiesis). Isso não implica isolamento do direito, mas heterorreferência ao seu entorno, afinal os elementos exteriores irritam o direito levando-o a reagir.

Numa determinada sociedade, portanto, o direito pode viver sob maior influência de fatores econômicos e políticos que noutras. Não há sociedade na qual o direito é imune aos interesses econômicos e políticos, afinal o direito é um sistema de comunicação da sociedade e está acoplado estruturalmente ao seu ambiente.

Assim, como o discurso jurídico não se confunde com o discurso político nem com o econômico, o direito não se confunde com política nem com a economia.

Sendo, por fim, uma teoria reflexiva, sendo a própria teoria objeto da teoria, o que até aqui afirmamos não passam de informações dadas a conhecer, portanto disponíveis à compreensão e conseqüente mutação.

>> NOTAS

- * Este trabalho foi realizado com apoio do CNPq, Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico — Brasil.
- ¹ STAMFORD DA SILVA, 2010: *passim*; STAMFORD DA SILVA, 2012a: *passim*; STAMFORD DA SILVA, 2012b: *passim*.
- ² Foerster, 2002: 289.
- ³ Cibernética como teoria da comunicação foi desenvolvida nas Macy Conference, tendo Wiener como um dos autores mais destacados. Ainda que a palavra cibernética tenha estreita relação com governo, direção, controle, nas *Macy Conference* ela serviu para fundar uma teoria da comunicação que parte da causalidade circular, não da causalidade linear nem da circularidade tautológica, como no construtivismo de Heinz von Foerster, Gregory Bateson e Humberto Maturana. Para Wiener uma informação (mensagem exterior) não é recepcionada completamente (de maneira pura) por um elemento (um indivíduo, uma máquina ou um animal) numa comunicação, pois há poderes de transformação interna deste próprio elemento que, ao tomar uma informação externa como informação interna, disponibilizada a uma futura informação. Nas palavras do autor: "It is my thesis that the physical functioning of the living individual and the operation of some of the newer communication machines are precisely parallel in their analogous attempts to control entropy through feedback" (WIENER, 1954: 26-27).
- ⁴ Luhmann, 1988: 50. No original: "Die Gesellschaft ist ein autopoietisches System auf der Basis von sinnhafter Kommunikation. Sie besteht aus Kommunikationen, sie besteht nur aus Kommunikationen, sie besteht aus allen Kommunikationen. Sie reproduziert Kommunikation durch Kommunikation".
- ⁵ STAMFORD DA SILVA, 2010: *passim*; STAMFORD DA SILVA, 2012a: *passim*; STAMFORD DA SILVA, 2012b: *passim*.
- ⁶ Watzlawick; Beavin; Jackson, 2008: 67.
- ⁷ Tendo por petição de princípio que a comunicação é a célula da sociedade, Luhmann aplica a teoria da diferenciação de Spencer Browne (teoria da forma de dois lados) distinguindo *médium*/forma e sistema/meio para afirmar que "Sociedade é sistema de sentido", porquanto sociedade é comunicação organizada em forma de sentido (Luhmann, 2007: 28 e ss.).
- ⁸ "a compreensão é um trabalho social" (Marcuschi, 2007a: 77; Marcuschi, 2008: 229).
- ⁹ Constituintes são os discursos que têm a pretensão de "não reconhecer outra autoridade além da sua própria, de não admitir quaisquer outros discursos acima deles. Isso não significa que as diversas outras zonas de produção verbal não exerçam ação sobre eles; bem ao contrário, existe uma interação constante entre discursos constituintes e não constituintes, assim com entre discursos constituintes" (Maingueneau, 2008: 37).
- ¹⁰ Maingueneau, 2005a, p. 52-56; Maingueneau, 2005b, p. 21-25.
- ¹¹ Watzlawick, 2008: 40-41.
- ¹² Luhmann, 2006: 105.
- ¹³ Luhmann, 2006: 28-30.
- ¹⁴ Foerster, 1987.
- ¹⁵ Luhmann, 1998: 3.
- ¹⁶ Bobbio, 1995: 146.
- ¹⁷ Gödel, 2006 [1968], 103-104.
- ¹⁸ Stamford da Silva, 2009: 113-137.
- ¹⁹ Para Luhmann uma comunicação é composta por três seleções: informação (*information*); expressão (*Mitteilung*) e compreensão (*Verstehen*). Luhmann, 2007: 49.

- ²⁰ Junto com Warren McCulloch, Norbert Wiener, John von Neumann entre outros autores, Heinz von Foerster foi o arquiteto da cibernética. Ele, particularmente, desenvolveu a teoria da cibernética de segunda-ordem com base nos sistemas auto-referentes e na importância dos eigenbehaviors (autocomportamentos) para a explicação de fenômenos complexos. Nas palavras de von Foerster's: isto é a "cybernetics of observing systems". A famosa distinção de Von Foerster entre máquinas triviais e não-triviais é um ponto inicial ao reconhecimento da complexidade do conhecimento" (<http://www.univie.ac.at/constructivism/HvF.htm>).
- ²¹ Luhmann, 2007: 46.
- ²² Foerster, 2002: 4-5.
- ²³ Luhmann, 1998: 3.
- ²⁴ Maturana, 2009: 13; Luhmann, 1989: 29.
- ²⁵ Foerster, 2002: 319.
- ²⁶ Luhmann, 2007: 29.
- ²⁷ Spencer-Brown, 1969: *passim*; Matherne, 2009.
- ²⁸ Kauffman, 2010; Kauffman, 1987: 53-72.
- ²⁹ Kauffman, 1987: 67.
- ³⁰ Luhmann, 2007: 31; Maturana, 2009: 30.
- ³¹ Luhmann, 2005: 45. No original: "Rechtssystem selbst gehört nur eine code-orientierte Kommunikation, nur eine Kommunikation, die eine Zuordnung der Werte« Recht« und »Unrecht« behauptet; denn nur eine solche Kommunikation sucht und behauptet eine rekurrenente Vernetzung im Rechtssystem; nur eine solche Kommunikation nimmt den Code als Form der autopoietischen Offenheit, des Bedarfs für weitere Kommunikation im Rechtssystem in Anspruch. Das kann im täglichen Leben aus den verschiedensten Anlässen geschehen". LUHMANN, Niklas. *Das Recht der Gesellschaft*. Frankfurt: Suhrkamp, 1995, p. 67.
- ³² Maingueneau, 1997: 39-50.
- ³³ Maingueneau, 1997: 44.
- ³⁴ Maingueneau, 2008: 39.
- ³⁵ Maingueneau, 2008: 39.
- ³⁶ Maingueneau, 2008: 37.
- ³⁷ Maingueneau, 1997: 75.
- ³⁸ Maingueneau, 2007a, p. 33.
- ³⁹ Maingueneau, 2007a, p. 35.
- ⁴⁰ Maingueneau, 2007a, p. 37.
- ⁴¹ Maingueneau, 1997: 113.
- ⁴² Maingueneau, 2008: 37.
- ⁴³ Luhmann, 2007: 29.
- ⁴⁴ Maingueneau, 2008: 26.
- ⁴⁵ Maingueneau, 2005a: 93.
- ⁴⁶ Maingueneau, 2005b: 39.
- ⁴⁷ Maingueneau, 2005a: 61.
- ⁴⁸ Maingueneau, 2005a: 52-56; Maingueneau, 2005b: 21-25.
- ⁴⁹ Maingueneau, 2005a: 56-57.
- ⁵⁰ Luhmann, 2005: 389.
- ⁵¹ Luhmann, 2007: 31.
- ⁵² DIAS, 2008: 298; DIAS, 2010; DIAS: 2011.
- ⁵³ Possenti, 2004: 232-234.
- ⁵⁴ Luhmann, 2007: 30.
- ⁵⁵ Luhmann, 2007: 43.

- ⁵⁶ Supremo Tribunal Federal. ADPF 54. Notas taquigráficas da audiência pública. Dia 28/08/2008. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaAdpf54/anexo/ADPF54_notas_dia_28808.pdf
- ⁵⁷ Confederação Nacional de Bispos do Brasil. Nota da CNBB sobre aborto de feto “anencefálico”. Disponível em: <http://www.cnbb.org.br/site/imprensa/sala-de-imprensa/notas-e-declaracoes/1434-nota-da-cnbb-sobre-aborto-de-feto-anencefalico>
- ⁵⁸ Supremo Tribunal Federal. ADPF 54. Notas taquigráficas da audiência pública. Dia 26/08/2008. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaAdpf54/anexo/ADPF54_notas_dia_26808.pdf
- ⁵⁹ Supremo Tribunal Federal. ADPF 54. Notas taquigráficas da audiência pública. Dia 26/08/2008. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaAdpf54/anexo/ADPF54_notas_dia_26808.pdf
- ⁶⁰ Supremo Tribunal Federal. ADPF 54. Notas taquigráficas da audiência pública. Dia 26/08/2008. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaAdpf54/anexo/ADPF54_notas_dia_26808.pdf
- ⁶¹ Confederação Nacional de Bispos do Brasil. Nota da CNBB sobre aborto de feto “anencefálico”. Disponível em: <http://www.cnbb.org.br/site/imprensa/sala-de-imprensa/notas-e-declaracoes/1434-nota-da-cnbb-sobre-aborto-de-feto-anencefalico>
- ⁶² Bittencourt, 2010: 176-177.
- ⁶³ Prado, 2010: 98-99.
- ⁶⁴ STJ. 5ª Turma. Habeas Corpus 32.159/RJ. Relatora Min. Laurita Vaz. Julgado em: 17/02/2004.
- ⁶⁵ Watzlawick; Beavin; Jackson, 2008: 67.
- ⁶⁶ Maturana; Varela, 2001: 32.
- ⁶⁷ Kauffman, 1987: 6.
- ⁶⁸ Foerster, 1987: 57.
- ⁶⁹ Foerster, 1987: 63
- ⁷⁰ Foerster, 1987: 51-52.

>> REFERÊNCIAS

- Bobbio, Norberto (1995).** Teoria do ordenamento jurídico. Brasília: UnB.
- Dias, Maria Berenice**
(2008). “Família homoafetiva”. *De Jure - Revista Jurídica do Ministério Público de Minas Gerais*, Belo Horizonte, MPMG, n.10, jan./jul., 292-314.
(2011). *As uniões homoafetivas no STJ*. Disponível em: http://www.mariaberenice.com.br/uploads/as_uniões_homoafetivas_no_stj.pdf. Acesso em: 03/07.
(2010). *União homoafetiva não é apenas dividir economias*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2010-dez-24/stj-retrocede-considerar-uniao-homoafetiva-sociedade-fato>. Acesso em: 30/12/2010.
- Foerster, Heinz von (2002).** *Understanding, Understanding. Essays on cybernetics and cognition*. New York/Berlin/Heidelberg: Springer.
- Foucault, Michel (1986).** *Arqueologia do saber*. Rio de Janeiro: Forense Universitária [1969].
- Gödel, Kurt (2006).** *Obras completas*. Madrid: Alianza [1968].
- Kauffman, Louis H.**
(1987). “Self-reference and recursive forms”. In: *Journal Social Biologic Structure*, no 10, London, Academic Press, p. 53-72.
(2010). *Laws of form — an explanation in mathematics and foundations*. Disponível em: <http://homepages.math.uic.edu/~kauffman/Laws.pdf>. Acesso em: 03/05/2010
- Luhmann, Niklas**
(1988). *Die Wirtschaft der Gesellschaft*. Frankfurt: Suhrkamp.
(1989). *Ecological communication*. Trad. John Bednarz. Chicago: University of Chicago.
(1996). *La ciencia de la sociedad*. México: Universidad IberoAmericana.
(1998). *Sistemas sociales*. Barcelona: Anthropos/México: Universidad IberoAmericana/Santafé de Bogotá: PUC Javeriana.
(2005). *El derecho de la sociedad*. México: Universidad IberoAmericana/Herder.
(2007). *La sociedad de la sociedad*. México: Universidad IberoAmericana/Herder.
- Maingueneau, Dominique**
(2005a). *Análise de textos de comunicação*. São Paulo: Cortez.
(2005b). *Gênese dos discursos*. Curitiba: Criar.
(2008). *Cenas da enunciação*. São Paulo: Parábola.
(2010). *Doze conceitos em análise de discurso*. São Paulo: Parábola.
- Marcuschi, Luiz Antônio**
(2007a). *Fenômenos da linguagem*. Reflexões semânticas e discursivas. Rio de Janeiro: Lucerna.
(2007b). *Cognição, linguagem e práticas interacionais*. Rio de Janeiro: Lucerna.
(2008). *Produção textual, análise de gêneros e compreensão*. São Paulo: Parábola.
- Maturana, Humberto e Varela, Francisco (2001).** *A árvore do conhecimento*. As bases biológicas da compreensão humana. São Paulo: Palas Atena.
- Maturana, Humberto (2009).** *La realidad: ¿objetiva o construida?* Fundamentos biológicos del conocimiento. México: Universidad IberoAmericana.
- Stamford da Silva, Artur**
(2006). “Etnométricos y decisión jurídica: el derecho estatal como vía a la concreción de los derechos humanos. Una propuesta metodológica”. *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 29, 423-438.
(2009). “Gödelização da racionalidade e o limite da decisão jurídica: desparadoxizando a dicotomias da hermenêutica desde a teoria dos sistemas de sentido com Niklas

Luhmann". *Revista Acadêmica* (Faculdade de Direito do Recife), Recife, Nossa Livraria, no. LXXXI, 113-137.

(2010). "Decisão jurídica e mudança social. Para uma Sociologia da Decisão Jurídica". *Revista Confluências*, Rio de Janeiro, PPGSD, no 11, 121-150.

(2012a). "Decisión judicial y cambios sociales en la óptica de la teoría de sistemas de sentido social". In: CADENAS, Hugo/MARCAREÑO, Aldo/USQUIZA, Anahí (ed.). *Niklas Luhmann y el legado universalista de su teoría*. Santiago de Chile: RIL, 267-316.

(2012b). "Teoria reflexiva da decisão jurídica: observações a partir da teoria dos sistemas que observam". In: Germano Schwartz (org.). *Juridicização da esferas sociais e fragmentação do direito na sociedade contemporânea*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 29-58.

Possenti, Sírio

(2004). Sobre o sentido da expressão "sentido literal". In: *Os limites do discurso*. Curitiba: Criar Edições, 227-234.

(2008). "Um dispositivo teórico-metodológico". In: *Contribuições de Dominique Maingueneau para a análise do discurso no Brasil*. São Carlos-SP: Pedro e João, 201-212.

Spencer-Brown, Geroge (1969). *Laws of form*. New York: The Julian Press.

MATHERNE, Bobby (2009). *Laws of for by G. Spencer-Brown*. Disponível em: <http://www.doyletics.com/arj/lofmart.shtml>. Acesso em: 16/02/2009.

Wiener, Norbert (1954). *The human use of human beings*. Cybernetcis and society. New York: Doubleday.

Watzlawick, Paul, Beavin, Janet H. y Jackson, Don D. (2008). *Pragmática da comunicação humana*. Um estudo dos padrões, patologias e paradoxos da interação. São Paulo: Cultrix.

**SOBRE A ECONOMIA POLÍTICA
DA TRANSNACIONALIZAÇÃO DA
SOBERANIA POPULAR***

// ON THE POLITICAL ECONOMY
OF THE TRANSNATIONALIZATION
OF POPULAR SOVEREIGNTY

OLIVER EBERL & FLORIAN RODL

>> **RESUMO // ABSTRACT**

A transnacionalização da soberania popular é a resposta de Jürgen Habermas para o fenômeno da “constelação pós-nacional”. A posição de Habermas sobre a constitucionalização supranacional foi criticada, sob a perspectiva da soberania popular, pelo teórico da ciência política Ingeborg Maus. Até agora, na visão da “teoria democrática de maior interesse” esse debate se manteve focado em articular propostas de designs institucionais ou procedimentais, ou em criticar articulações já existentes. No entanto, a discussão acabou negligenciando o aspecto fundamental do acesso democrático efetivo à esfera econômica. Esse artigo tem por objetivo fortalecer a teoria da soberania popular ao tratar das duas posições concorrentes, sob a visão da economia política, em um contexto do “Novo Constitucionalismo”. Mostramos que a ideia de Maus para restringir o “Novo Constitucionalismo” aos acordos internacionais, sem instituições supranacionais, acaba se deparando com as mesmas questões de igualdade entre Estados com que Habermas lida em seu projeto de “Um governo global sem governante”. Nós mostramos também, que uma unificação mais profunda da Europa, como Habermas idealizou, acaba enfraquecida por obstáculos estruturais da Economia capitalista, que o autor não leva em conta. Portanto, os dois modelos, mesmo que em posições contrárias, possuem problemas em comum. A conclusão que obtivemos é a de que a teoria da soberania popular precisa opor, ao mesmo tempo, desafios de cunho “legitimador” e “sócio-econômicos”. // Transnationalization of popular sovereignty is Jürgen Habermas’ answer to the “postnational constellation”. His position of a supranational constitutionalization has been criticized from the perspective of popular sovereignty by political theorist Ingeborg Maus. Although from the view of democratic theory of highest interest, this debate has so far focused primarily on articulating prospective institutional and procedural designs or criticizing existing ones but has neglected to sufficiently address the problem of effective democratic access to the economic sphere. The aim of this paper is to strengthen popular sovereignty theory by confronting the two competing positions with insights from political economy on the background of the “new constitutionalism”. We show that Maus’ idea to cut back “new constitutionalism” to the form of international agreements without supranational institutions runs into the same problems of equality between states that Habermas faces with his idea of “global governance without government”. We show also that a further unification of Europe as envisioned by Habermas is undermined by structural obstacles of capitalist economy that Habermas does not take into account. Therefore, both models, although contrary positions, share similar problems. It is our result that popular sovereignty theory must counter legitimacy and socioeconomic challenges simultaneously.

>> PALAVRAS-CHAVE // KEYWORDS

Economia Política; Transnacionalização; Soberania Popular; Jürgen Habermas; Democracia. // Political Economics; Transnationalization; Popular Sovereignty; Jürgen Habermas; Democracy.

>> SOBRE OS AUTORES // ABOUT THE AUTHORS

Oliver – Pesquisador do Instituto de Ciência Política da Universidade Técnica de Darmstadt, Alemanha.

Florian – Pesquisador do “Normative Orders — Cluster of Excellence” da Universidade Goethe Frankfurt am Main. // Oliver – Researcher at the Institute of Political Science of the Technical University of Darmstadt, Germany.

Florian – Researcher at the Normative Orders a the Goethe University Frankfurt am Main.

SOBRE ESTE ARTIGO // ABOUT THIS ARTICLE

Artigo apresentado no Seminário de Pesquisa ARENA, do Centro de Estudos Europeu em Oslo. Somos gratos aos comentários dos participantes, especialmente Erik O. Eriksen e John Erik Fossum, assim como os comentários em versões prévias de Hans-Jurgen Bieling e Martin Höpner. Tradução para o português de Daniela Serra. // This manuscript has been presented at the Research Seminar of ARENA, Centre for European Studies in Oslo. We are grateful for comments by the participants, especially Erik O. Eriksen and John Erik Fossum, and for comments on earlier drafts by Hans-Jürgen Bieling and Martin Höpner. Translated to Portuguese by Daniela Serra.

1. O DESAFIO À SOBERANIA POPULAR

A teoria da soberania popular representa o início das democracias do século XX e permanece normativamente válida até hoje. Essa teoria é o marco da modernidade, pois defende que a ordem política e social são subordinadas ao princípio da igualdade política. Durante duas décadas, a teoria da soberania popular se dedicou a encontrar configurações institucionais que fossem compatíveis com a necessidade de legitimação para uma cooperação política que vai além do Estado-Nação, como uma forma de reação à globalização. Atualmente, a teoria da soberania popular deve enfrentar as seguintes questões: Se seus modelos institucionais de transnacionalização da soberania popular podem ser postos em prática no contexto de uma estrutura econômica global, assim como, se tais modelos permitem uma intervenção democrática nessas estruturas (que abolem o princípio da igualdade política). Apenas se a teoria da soberania popular puder superar esse desafio, conseguirá provar a sua validade mesmo duzentos anos após seu início revolucionário.

O conceito de soberania popular significa a competência que o povo possui, especialmente no que concerne ao conteúdo da lei, para legislar — seja para criar leis ordinárias, ou leis constitucionais¹. A concepção de que o povo tem poder para dar a si mesmo uma constituição, como um documento escrito que determina outros procedimentos democráticos de produção de leis, faz-se antagonista às teorias liberais. As teorias liberais fixam a competência da vontade popular nos limites dos direitos individuais naturais, enquanto a teoria da soberania popular percebe esses direitos naturais como direitos que precisam tornar-se lei positiva — que só pode ser expressa pela vontade popular². Portanto, percebemos que a teoria da soberania popular é a única teoria democrática que justificar corretamente ao problema da força coercitiva vinculada à lei. Se alguém consente poder à lei, que por sua vez, é reforçada por meio da força coercitiva, nenhum mal foi feito. No entanto, isso pressupõe um forte igualitarismo na produção legislativa assim como uma ordem hierárquica das ramificações do Estado, de forma que o corpo legislativo seja a única fonte aceita e legitimada de lei superior. Ainda, a teoria da soberania popular proclama a onipotência do corpo legislativo para intervir em estruturas sociais e econômicas.

No entanto, a ideia de que apenas o povo, ou seus representantes, tem legitimidade para produzir leis, cria um desafio para a teoria da soberania popular, em se tratando de legislação internacional. Enquanto as teorias liberais, com orientações nos direitos humanos e com requisitos procedimentais mínimos, podem aceitar a formação jurídica das leis, mesmo em níveis supranacionais, a teoria da soberania popular precisa encontrar uma corrente de legitimação³ saindo da vontade popular, formulada nos parlamentos, até as leis em nível supranacional. Desde que Habermas diagnosticou o fenômeno da “constelação pós-nacional” ele tem criado essa conexão por meio de uma transnacionalização da soberania popular⁴. Ao mesmo tempo, seu colega de Frankfurt, Ingeborg Maus desafia todas as tentativas de uma constitucionalização supranacional, utilizando-se do princípio da soberania popular^{5 6}. Esse debate, até agora, direcionou-se principalmente

para articular a perspectiva institucional e os designs procedimentais, mas acabou negligenciando, nas condições atuais, o problema do efetivo acesso democrático à esfera econômica. Nos debates recentes de Habermas e Wolfgang Streeck⁷ sobre o futuro do euro, ficou evidente que essa forma de capitalismo global incontrolável não recebeu, até o momento, nem atenção o suficiente de teóricos, nem os esforços analíticos satisfatórios⁸. O maior desafio que a soberania popular possui, hoje em dia, é o de levar em conta as condições econômicas atuais em suas análises.

O que faremos nas próximas páginas é tratar das duas posições concorrentes sobre a transnacionalização da soberania popular através de ideias da economia política. Nosso argumento se inicia com a descrição da atual ordem jurídica internacional, acentuando suas principais características como um “Novo Constitucionalismo”, que possui seu cerne em limitar o poder de políticas democráticas para delinear políticas públicas. Essa análise engloba a atual concepção de uma constituição legal de uma sociedade global em suas interconexões com a economia (II.). Por essa perspectiva o problema com que a teoria da soberania popular lida fica evidente. Apresentaremos a estratégia de Maus de um “anti-constitucionalismo democrático”(III.) e a de Habermas de uma “constitucionalização progressiva” (V.). Então examinaremos cada um desses cenários, em termos de viabilidade, à luz de conceitos da economia política (IV. e VI.). Mostraremos que a ideia de Maus de restringir o “Novo Constitucionalismo” para a forma de acordos internacionais, sem as instituições supranacionais, depara-se com o mesmo problema de igualdade entre Estados, com que Habermas lida em sua ideia de uma “Weltinnenpolitik” (negociada somente entre atores globais). Como é amplamente reconhecido, o modelo de Habermas se baseia no desenvolvimento da União Européia ao nível de um ator supranacional com fortes instituições políticas⁹. Mostramos que uma unificação mais ampla da Europa acaba sendo prejudicada por motivos econômicos que Habermas não leva em conta em suas análises (VII.). Portanto, os dois modelos, mesmo que em posições contrárias, possuem problemas semelhantes. Essa análise resulta no fato de que a transnacionalização da soberania popular precisa contrapor desafios socioeconômicos e de legitimação, simultaneamente (VIII.).

2. O “NOVO CONSTITUCIONALISMO” COMO MOLDURA DA ORDEM POLÍTICA E ECONÔMICA DA SOCIEDADE MUNDIAL

O nosso ponto de partida para descrever a atual ordem político-econômica da sociedade mundial é a interpretação das ordens jurídicas globais caracterizadas como neoliberais, por exemplo o “Novo Constitucionalismo”¹⁰. A análise “*neo-Gramscian*” de Steven Gill elucida os motivos pelos quais as questões sobre a forma democrática e a estrutura político-econômica da sociedade global estão tão entrelaçadas. Gill caracteriza o neoliberalismo disciplinador como a aplicação de pressão sobre indivíduos e Estados, por meio de ajustes estruturais do FMI e de legislação privada transnacional. A concepção do “Novo Constitucionalismo” possui complexas interligações entre ordens

jurídicas nacionais, supranacionais, internacionais e transnacionais, que frequentemente tem o efeito de limitar juridicamente conquistas sociais e democráticas atingidas em nível nacional. As leis criadas e administradas no interior do “Novo Constitucionalismo” são formuladas e decididas fora de qualquer processo democrático. Com a expansão do escopo desse tipo de lei, o potencial de políticas democráticas e sociais, diminui significativamente.

Na visão da teoria da soberania popular é mais do que apropriado designar a totalidade dessas ordens jurídicas (ou ordens induzidas juridicamente) como “Novo Constitucionalismo”. O antigo constitucionalismo, do século XIX, tinha por objetivo limitar o poder dos monarcas por meio de uma constituição legal, de forma que as estruturas da sociedade burguesa pudessem se desenvolver¹¹. O “Novo Constitucionalismo” possui um fim semelhante, já que também procura assegurar o funcionamento de estruturas de uma sociedade burguesa. No entanto, a proteção não se dá mais contra um monarca, mas contra a ampla extensão (historicamente alcançada) da democracia em Estados Sociais ocidentais. Estados esses onde foi possível estabelecer tais avanços sociais, que agora estão sendo retirados da discussão democrática e do processo decisório, no quadro do “Novo Constitucionalismo”, ao se transferir a autoridade para um nível transnacional. Enquanto o antigo constitucionalismo é frequentemente interpretado como um estágio necessário e transitório para se atingir a moderna constituição democrática¹², a teoria da soberania popular, o entende de forma diferente, considera que o constitucionalismo é apenas uma possibilidade, mas não uma fase de transição obrigatória¹³. O objetivo do “Novo Constitucionalismo” é colocar o sucessor do antigo (constitucionalismo) em seu lugar, no entanto, sem acabar com seu formato democrático, produzindo uma pós-democracia¹⁴. Portanto, não é surpreendente que o “Novo Constitucionalismo” tenha se tornado uma realidade além do Estado democrático em regimes supra—, ou transnacionais baseados em legislação internacional.

O elemento mais importante do “Novo Constitucionalismo” é a variedade de ordens transnacionais de livre comércio em vários níveis: A OMC em nível mundial, e especialmente, o NAFTA e a União Européia em nível regional. Comprometidos a reduzir impostos e barreiras comerciais, todos os três regimes exercem pressão legal para reduzir esse tipo de regulação, em nível nacional, o que é intensificado e dinamizado pela produção legislativa institucionalizada dos tribunais. Além do compromisso com o comércio livre, o “Novo Constitucionalismo” também possui diversas formas de proteção de propriedade, garantidas pela legislação internacional. Primeiramente, existe um regime, quase multilateral, de acordos de proteção de investimentos bilaterais, incluindo um sistema de arbitragem que é essencial para esse funcionamento. Há também, vários regimes jurídicos internacionais que concernem à exploração mundial da “propriedade intelectual”, por fim, há o comprometimento internacional de se reconhecer uma ordem contratual autônoma criada por um sistema de arbitragem econômica transnacional. Finalmente, nesse contexto, há a imposição de uma disciplina às políticas fiscais e monetárias nacionais, culminando em “constituições fiscais e monetárias” cujo centro de normatividade está na estabilidade econômica e em um orçamento equilibrado. Essa imposição de disciplina se

sustenta, ou por meio do poder econômico direto dos “mercados financeiros” (i.e.: *financial capital*), previamente liberados da regulação, que é exercida sobre Estados que se encontram em dificuldades causadas por débitos, com a ajuda do crédito e das condições de financiamento do FMI e do Banco Mundial, ou, e particularmente na União Européia, por meio da coerção legal da jurisdição européia¹⁵ na qual os membros dos Estados contidos na zona do euro são obrigados a internalizá-la como leis constitucionais.¹⁶

3. O ANTI-CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO

A contra-estratégia do anti-constitucionalismo democrático de Maus tem como base uma reconstrução compreensiva da soberania popular como competência única do povo (aqueles que se sujeitam à lei) para gerar constituições e leis¹⁷. A constituição regula o exercício dessa competência em um sistema hierárquico de separação de poderes. Por meio de uma separação de poderes funcional, todo o poder do Estado é subordinado à lei democrática. O mais importante aspecto estrutural da soberania popular é a igualdade política, que permite que todos os indivíduos sujeitos à lei possuam os mesmos direitos no processo democrático, além de permitir a reconciliação de ideias opostas, como a de autonomia individual, com a ideia de força coercitiva da lei. Os próximos aspectos que devem ser mencionados, envolvem um ceticismo fundamental, concernente a uma separação da concepção de constituição de sua moldura nacional, para que essa seja transferida para uma forma de governo supranacional¹⁸. Aspecto esse que também foi criticamente discutido¹⁹.

O processo de criação de leis exige que os membros do legislativo compreendam o mundo social que desejam moldar por meio da legislação, exige também que possam prever as conseqüências de suas tentativas de guiar o desenvolvimento social, pelo menos em certo grau, por meio da lei. Portanto, o mundo social não pode se tornar excessivamente complexo; os legisladores precisam ser capazes de compreendê-lo. Se a teoria democrática, e não apenas a teoria da soberania popular, não deseja se entregar aos sistemas, é necessário que insista em ser facilmente compreensível. Ao contrário do que pode ser sugerido, ou seja, que a complexidade do mundo social deve ser livre para regular a si mesma. A expansão do quadro político, que passa a cobrir uma área cada vez mais ampla geograficamente, resulta em um aumento de complexidade que, em termos de democracia formal, iria envolver a perda de meios democráticos de controle.

Além disso, democracias parlamentares dependem de uma infraestrutura político-institucional que torna possível que as decisões políticas pareçam que são resultado, pelo menos em parte, do processo de discurso na sociedade²⁰. Essa infraestrutura inclui em partidos políticos, associações e mídias de massa, que não podem existir meramente em termos formais, mas devem cumprir seus papéis com vigor. Para permitir a existência dessa mídia efetiva, é necessário que se utilize uma linguagem acessível. Ou seja, devem utilizar um tipo de linguagem em que qualquer membro da sociedade, independentemente de seu status social, consiga se expressar, e não

meramente as elites funcionais que consigam adotar qualquer tipo de *língua franca*. Se essa linguagem comum, que é a base para se operar a infraestrutura político-institucional da democracia, não é efetiva, ocorre um fortalecimento automático do poder dos aparatos burocráticos. Pois em uma situação em que a infraestrutura democrática é institucionalmente fraca, esses aparatos podem fazer uso amplo de suas vantagens, que decorrem de seu acesso à informações extras, ou da falta de transparência e poder real de moldar políticas públicas.²¹

Finalmente, um público indomável que se expressa por meio de demonstrações como manifestações, rebeliões, iniciativas e desobediência civil só pode confrontar-se com pessoas identificáveis que possuam responsabilidade em espaços comparativamente manejáveis²². Até agora, “públicos politicamente efetivos” cujas discussões podem ser transformadas em decisões democráticas institucionalizadas existem exclusivamente nos Estados-Nação²³. Futuros centros de decisão em nível supranacional ou global só poderiam ser atingidos por públicos desse tipo com esforços absurdos, e apenas em termos espaciais. O que força esse público indomado a reduzir drasticamente suas pretensões. Além disso, deparam-se com o desafio de transformar a si mesmos em um público transnacional, o que aumenta os custos de ação em termos monetários e temporais e, também, traz o problema da comunicação em línguas distintas.

Todos esses aspectos indicam que uma constituição democrática, para além do Estado-Nação, depararia-se com problemas significativos de perda de qualidade democrática. Willian E. Scheuerman²⁴ discorda com essa concepção ao afirmar que esses fenômenos, meramente empíricos, não tornam a perspectiva de uma constituição democrática de uma sociedade global ruim como um princípio, mas apenas temporariamente. No geral, todos esses fatores tecnológicos e sociais que influenciam a atual compreensão do espaço e tempo sofreram mutações no curso da história; portanto, o mesmo é verdadeiro para aquilo que possa ser considerado compreensível ou excessivamente complexo²⁵. De acordo com esse argumento, a formação de um público transnacional, fundado por meio da internet, não pode ser ignorada. Assim, como não se pode ignorar que as barreiras linguísticas provavelmente serão superadas no futuro.

Para nós, parece mais provável que a já existente classe transnacional de executivos, políticos, e especialistas, irá persistir²⁶. Também parece provável que seus membros irão sempre manter o restante da população sob controle, graças à sua superioridade burocrática e de conhecimento técnico, além de sua melhor habilidade de se expressar verbalmente, o que as demais camadas da sociedade jamais irão alcançar. No entanto, também consideramos errôneo diagnosticar o problema da complexidade de um governo global como de natureza meramente empírica, e portanto talvez temporal. Saber se governar o planeta é, ou não, uma tarefa mais complexa do que governar a França, é certamente uma questão empírica, no entanto, deve sempre ser respondida de forma afirmativa. Pois já existem indicações que os cidadãos já estão sobrecarregados por governar democraticamente seus Estados de Bem-Estar Social capitalistas. Claro, que essa circunstância, com a qual a ciência política lidou extensivamente, nos últimos anos

do século XX, é lamentável²⁷. Há poucos motivos para se acreditar que as dificuldades analisadas anteriormente, já foram superadas. Parece extremamente provável que esses obstáculos estão sendo efetivamente negligenciados com a evolução da teoria rumo a um governo global. De uma perspectiva democrática, o aumento exponencial de complexidade, graças ao estabelecimento de um governo global, deve ser visto como problemático.²⁸

Também deve ser enfatizado que: Em nenhum ponto, uma constituição democrática, para além do Estado, aqui mencionada se referem a pré-requisitos essencialistas anteriores das democracias, como uma identidade nacional pré-política que seria alimentada, por exemplo, por um destino, nacional, cultural, ou histórico em comum. A questão se restringe, aqui, a estritas condições procedimentais, às quais as constituições democráticas se submetem.

Enquanto essa linha de raciocínio designa o Estado-Nação como, no momento, a única esfera funcional de procedimentos democráticos, a dissolução do “Novo Constitucionalismo” pode parecer com o seguinte: Com o objetivo de resgatar oportunidades de criação de políticas públicas para as constituições democráticas, as formas do “Novo Constitucionalismo” já estabelecidas precisam ser reduzidas a formas que as tornam compreensíveis como expressão de uma democracia auto-determinada. Nesse ponto, os regimes inter-, trans- e supranacionais, que se encontram desatrelados a bases democráticas, precisam perder seus poderes, enquanto sua autoridade de regulação precisa ser devolvida aos locais democráticos em que a lei é produzida nos Estados-Nação²⁹. Além do conflito nacional entre leis³⁰, é comum que os tratados internacionais sejam considerados como instrumentos para judicializar relações com outros países. A necessidade de obter ratificação, coloca esses tratados dentro do quadro de uma constituição democrática como um ato legislativo formal. Apesar de os tratados internacionais serem instrumentos legais baseados no compromisso e no consenso negociados por emissários, se tornam formalmente, e sem reservas, leis democraticamente codificadas.

É claro que, as formas do “Novo Constitucionalismo” sempre são baseadas em tratados internacionais, desde instituições de financiamento internacionais, como o FMI e o Banco Mundial, ou as associações de comércio livre como a União Européia ou o NAFTA, até a proteção bi- ou multilateral de investimentos. Nós acreditamos, no entanto, que declarar que esses regimes do “Novo Constitucionalismo” não são problemáticos, à luz das bases formais democráticas, em ratificações parlamentares dos seus atos constitutivos, vai de encontro à intenção de Maus. Qualquer preferência pela legislação dos tratados internacionais como forma de codificação das relações com outros Estados, deve estar ligada ao pré-requisito de que esses tratados não podem também, colocar em operação, qualquer constitucionalização para além da democracia nacional.

Não haveria espaço para os direitos subjetivos, que possuem conteúdo e aplicabilidade definidos por tribunais não-estatais e pelos quais os indivíduos privados (que poderiam exercer poder diretamente contra leis do estado já existentes) como no caso da União-Européia e no quadro de trabalho da proteção de investimentos internacionais. Apesar disso, problemas de

caráter constitucional podem resultar, não apenas de tratados internacionais que possuem efeito direto na jurisprudência doméstica mas também de seu conteúdo material. Requisitos que devem ser cumpridos, de abstenção de barreiras de livre comércio, discriminação indireta ou impedimentos a negócios transnacionais, por exemplo, são capazes de sujeitar a maior parte da jurisdição estadual a um controle jurídico por parte de tribunais exteriores ao Estado. Esses controles, que possuem o mesmo status do que qualquer limite constitucional de criação de leis, e que são aplicados de forma mais ampla do que os próprios limites constitucionais, tornam o caminho para a formação de políticas democráticas, cada vez menor, não só em áreas marginais, mas em todo o quadro. Em outras palavras, junto com o conflito de leis, as leis não-constitucionais dos tratados internacionais, no sentido aqui destacado, constituem a forma relevante de se moldar a jurisdição e é compatível com a democracia além do Estado-Nação.

4. SOBRE A ECONOMIA POLÍTICA DE UMA SOCIEDADE GLOBAL FRAGMENTADA EM ESTADOS DEMOCRÁTICOS.

Como então, a estratégia do anti-constitucionalismo democrático aparece à luz da economia política? No contexto atual, a teoria dos “sistemas mundiais” é bastante esclarecedora. De um lado, a unidade central de análise é o sistema mundial, entendido como um sistema integrado de Estados muito diferentes, com sua estrutura e sua hierarquia resultantes de uma divisão mundial do trabalho que permite a reprodução da sociedade global³¹. É por isso que a teoria dos “sistemas mundiais” pode esclarecer as disparidade materiais entre estados, criando um problema para o anti-constitucionalismo democrático. Por outro lado, os Estados-Nação continuam a possuir um papel central nas análises da teoria dos “sistemas mundiais”³². As dinâmicas dos “sistemas mundiais” devem ser explicadas acima de tudo pelas relações que os Estados mantém entre si. Portanto, o quadro analítico dessa teoria não se encontra afastado das categorias do anti-constitucionalismo democrático.

Da perspectiva da teoria dos “sistemas mundiais”, o aspecto estrutural central do capitalismo sempre foi (não apenas desde o fenômeno frequentemente chamado de globalização, que teria surgido na segunda metade do século XX) a coexistência de uma economia mundial, sem fronteiras e ilimitada, com ordens políticas espacialmente delimitadas, portanto, limitadas. Na falta de uma ordem política ampla, abrangente, o sistema se sustenta apenas por meio de uma divisão axial do trabalho internacional³³.

A divisão internacional axial do trabalho nos leva a uma hierarquia de Estados que pode ser dividida em três camadas: Centro, Periferia e a Semi-Periferia. Principalmente em tempos de grandes crises, as alocações dessas categorias podem se reorganizar, mas os Estados lutam para manter ou melhorar suas posições dentro da hierarquia a todo o tempo³⁴. No interior de cada uma dessas camadas, existe uma hierarquia que cria situações de estabilidade ou instabilidade, sempre há a expectativa de se subir para o próximo nível, em que a posição de maior poder é a do centro hegemônico,

mas que nem sempre se encontra ocupada³⁵. Logo, as relações entre Estados são caracterizadas, não apenas pela competição por uma melhor posição dentro da hierarquia da divisão internacional do trabalho, mas também pelas diferenças entre os pontos de partida desses Estados na competição. Os Estados — e, portanto, as democracias — que se encontram nas camadas mais altas da hierarquia, acabam possuindo poder para ditar condições aos outros estados — e, portanto, democracias — que se encontram em um nível inferior.

Essa estrutura pode ser facilmente percebida no período que precedeu o “novo constitucionalismo”, ao qual correspondeu a ordem política da sociedade mundial na forma do anti-constitucionalismo. Nos referimos aqui ao período relativamente favorável ao auto-governo democrático que surge no quadro do estado, após a segunda guerra mundial³⁶. Apesar de ter havido um espaço considerável para realização de políticas públicas democráticas, graças a taxas de câmbio fixas, controle sobre o fluxo de capitais e sobre o comércio mundial, esse espaço para manobras só existia, no início, para as nações ocidentais industrializadas. Mesmo assim, tal espaço era dominado por estruturas hegemônicas dos Estados Unidos³⁷, fenômeno que fica claro à luz da transformação do sistema financeiro mundial³⁸; os dois aspectos, inclusive a “era dourada” entram em profunda contradição com a imagem de que as democracias estão em patamares comparáveis, como foi abordado acima em termos conceituais.

No ponto de que o anti-constitucionalismo democrático implica enquadrar a divisão internacional do trabalho por meio de tratados diretos que envolvem jurisdição internacional, o problema político-econômico acaba sendo aliviado: Essas leis internacionais não constitucionais, podem, como foi enfatizado anteriormente, apoiar-se em bases democráticas formais. No entanto, se houver um sério desequilíbrio entre as partes contratantes, a liberdade democrática de firmar tratados internacionais é tão ilusória quanto a liberdade dos indivíduos particulares para firmá-los. Enquanto no caso dos particulares os problemas decorrentes destas desigualdades são controlados por meios legais, no caso dos tratados internacionais não há elementos limitadores, ou qualquer tipo de proteção, a autonomia dos Estados é ampla. As normas que limitam o *ius cogens* moderno^{39 40} estão longe de tratar sobre o problema das assimetrias sócio-econômicas.

É por isso que as condições de desigualdade e de exploração trazidas pela divisão internacional do trabalho, no sistema capitalista global, não pode ser superada por meio de tratados internacionais; no entanto, não há outra forma que seja aceita pelo anti-constitucionalismo democrático para tal. Essa perpetuação da desigualdade e da exploração, apesar de estar ligada ao anti-constitucionalismo democrático, não é um problema de justiça internacional ou transnacional⁴¹. Mas é um problema de auto-determinação democrática. Visto pela perspectiva dos Estados, a auto-determinação interna democraticamente construída do partido mais forte, torna-se o limite heterônomo da auto-determinação democraticamente constituída do partido mais fraco. O anti-constitucionalismo democrático seria aparentemente neutro em relação à hierarquia da ordem mundial. Em contraste com o caso da neutralidade da ordem constitucional, cuja forma mais pura

é caracterizada exatamente pela neutralidade fundamental visto as possíveis conseqüências do processo democrático⁴², nenhum processo democrático estaria disponível para lidar ou eliminar as relações sócio-econômicas internacionais de poder já existentes. Transformações fundamentais que têm por objetivo uma mudança relevante ou até a abolição dessa hierarquia (e relações de poder) não são possíveis dentro desse quadro. A criação de uma ordem global efetivamente igualitária, ou seja, no sentido de liberdade material igualitária dos Estados para moldar o mundo a sua volta, é aqui referida como uma perspectiva de transformação social que poderia não ser mantida no curso ordinário de formação legislativa.

Essa observação não significa, que o anti-constitucionalismo democrático perde todo o seu poder de persuasão. Simplesmente significa que ainda não há resposta para como a intenção de assegurar liberdade democrática pode se compatibilizar com o a estrutura econômica de uma sociedade mundial.

5. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO PROGRESSIVA DA SOCIEDADE MUNDIAL

A conclusão acima acabou motivando a procura de estratégias alternativas para a transnacionalização da soberania popular, como a estratégia da constitucionalização progressiva⁴³, de Jürgen Habermas. Seu projeto ambicioso, é o de uma “constituição política para a sociedade mundial pluralista”. Não levaremos em consideração aqui as várias e diferentes ramificações que surgiram em relação à constituição de uma sociedade mundial⁴⁴, ao invés disso, iremos limitar nossa análise à estrutura da proposta de Habermas. Tal modelo é baseado na reprodução de uma diferenciação entre o supranacionalismo judicial e o inter-governamentalismo político derivados da teoria da integração europeia^{45 46} a um nível global. Externamente, o supranacionalismo jurídico possui características formais em comum com o “novo constitucionalismo” pois limita a soberania popular dos Estados, por meios jurídicos. No entanto, seu escopo é estritamente limitado a assegurar a paz e o respeito aos direitos humanos. A organização global tem uma estrutura hierárquica, produz leis vinculantes e possui poder para assegurá-las diretamente. Dentro de suas responsabilidades limitadas, como as de impedir que Estados, internamente, violem os direitos humanos e que iniciem guerras, externamente, (o que, como conteúdo de uma auto-determinação democrática, só poderá ser defendido com dificuldade), a necessidade de legitimação democrática é baixa nessa situação. Portanto, as formas constitucionais puramente jurídicas são suficientes⁴⁷.

Ao lado desse supranacionalismo mundial, que tem por objetivo assegurar a paz e os direitos humanos, é preciso que haja um regime que lide com problemas internacionais, sendo necessária a cooperação dos Estados para que se chegue a uma resolução. Essa é o regime bastante conhecido como “governo mundial sem governante”. Habermas possui duas afirmações sobre esse regime: Os atores decisivos não são os Estados-Nação atuais,

mas um grupo muito mais restrito, com poucos *players* mundiais. Essa forma de “sistema de negociação” na qual é certo que “representantes do governo geralmente são responsáveis e tem a palavra final” e que portanto não “possibilita a existência de um fórum de competências legislativas e processo de formação de vontade política correspondente”⁴⁸.

Enquanto nós não somos muito informados sobre a institucionalização de negociações internacionais, além de algumas poucas descrições sobre “o sistema central de negociação” com “competências genéricas”, ou uma não-hierárquica “organização que trabalha multilateralmente”⁴⁹, Habermas traz todas as informações sobre os atores globais decisivos desse sistema. A maioria desses atores são entidades de escala continental para realizar atividades que ainda serão criadas. De acordo com Habermas, apenas entidades dessa magnitude (os Estados Unidos e a China também são reconhecidos por conseguirem atuar por si mesmos, a Índia e a Rússia possivelmente também possuem esse poder) são capazes de atuar globalmente, e apenas um grupo de negociação relativamente pequeno composto por atores globais continentais são capazes de solucionar os problemas políticos urgentes de natureza mundial. Em uma última análise, os atores mundiais devem possuir uma forma política de Estados (apesar de que Habermas se recusa a usar esse termo, denominando-os “*players* mundiais” ou “regimes continentais”). Tais atores por possuírem a forma política de Estados, devem reter o uso da força para assegurar leis internamente, por outro lado, devem garantir a legitimação democrática das posições e assim como garantem os resultados das negociações em nível transnacional.

Esse imperativo para formar *players* mundiais semelhantes a estados, é derivado da resposta de Habermas para o problema da constitucionalização da sociedade mundial, além de caracterizar sua posição sobre a União Européia. O autor defende que a União Européia deve se tornar um ator coletivo com poderes característicos de um Estado moderno, para possibilitar uma intervenção interna, principalmente no campo dos impostos, da regulação econômica equidade social, assim como externamente por meio de funções estatais exteriores. O projeto de transformar a Europa em um Estado é de iminência importância, por isso, em sua análise final, Habermas pede uma brecha revolucionária de legalidade, que excluiria o Reino Unido e talvez os países da Europa central e oriental, unificando o resto da Europa^{50 51}.

6. A ECONOMIA POLÍTICA E A CONSTITUIÇÃO POLÍTICA DE UMA SOCIEDADE MUNDIAL

Se observamos novamente a imagem que Habermas projeta, sem levar em conta o constitucionalismo supranacional concernente a questões de paz e proteção dos direitos humanos e concentrarmos-nos nas questões políticas que exigem legitimação, então, na análise final, teremos a seguinte imagem: Regimes continentais semelhantes a Estados, que não necessariamente são democracias, passam a negociar. Não é facilmente perceptível, como as negociações transnacionais de normas legais são diferentes

de negociações de tratados internacionais. Analisando-se friamente, essa é a mesma imagem prevista pelo anti-constitucionalismo democrático. A distinção decisiva é meramente a de que não se baseia no universo de Estados, na forma em que existem hoje, mas exigem que sejam reordenados como um sistema de Estados continentais, para que as decisões possuam a autoridade e efetividade necessárias. No entanto — implicitamente refletindo a objeção ao anti-constitucionalismo democrático desenvolvido anteriormente — parece ser a intenção, transformar os continentes em regimes semelhantes aos regimes estatais para que se crie um equilíbrio de poderes, que, ao contrário do que ocorre atualmente em um sistema de Estados, poderia justificar uma real expectativa de resultados de negociações justas e razoáveis. Aqui, surge a mesma situação que aparece no anti-constitucionalismo democrático e com ela, vêm os mesmos problemas.

Em uma de suas publicações, sobre a Europa, Habermas enfrenta (mais uma vez) especificamente o problema da transnacionalização da soberania popular⁵², também discute a possibilidade de características estatais de um governo mundial e modifica a sua fixação supranacional. Sua solução é cravar a governança transnacional mais fortemente no contexto de uma sociedade mundial constitucionalizada. Habermas o faz ao afirmar que a organização global supranacional também existe para “fiscalizar o equilíbrio factual de poder (...) no corpo de negociações transnacional” e para estabelecer padrões vinculantes mínimos para o campo do governo mundial, como parte de sua busca para se concretizar os direitos humanos que devem ser garantidos pelos Estados⁵³.

Assim, Habermas expande as competências da organização mundial, para que um governo mundial seja incluído. Apesar de a organização global não possuir competência para legislar, possui competência para estabelecer uma moldura material para a criação jurisdicional, pois cria padrões e procedimentos por meio do controle do poder de barganha. A organização mundial, delegou virtualmente a competência de criação de normas para o governo global, dentro de limites materiais e condições procedimentais. Logo, a organização mundial, responsabiliza-se por esse controle duplo do governo mundial. Nesse ponto, a organização mundial não pode ser diferenciada de uma república mundial, que delega algumas questões ao governo global esse, por sua vez, serve como fórum de negociações apropriado.

Ao analisar a ideia de uma república mundial de perto Habermas enfraquece as limitações estritas dos objetivos da organização mundial, que considera de grande importância, nos termos da teoria da legitimação. Apenas porque, a organização mundial deveria ser limitada conceitualmente aos campos de guerra e paz, assim como à proteção dos direitos fundamentais, e sustentada por normas morais universalmente comuns, cujas aplicações seriam mais jurídicas do que propriamente políticas, houve uma diminuição dos padrões mínimos de legitimação possíveis⁵⁴. Agora, se essa fronteira for retirada, o requisito fundamental para a democracia, de participação igualitária e efetiva para todos, também precisará ser cumprido. Essa impossibilidade de realização do requisito básico da democracia em nível global, que Habermas mesmo reconhece⁵⁵, é a objeção final à revisão desse modelo.

7. A EUROPA E A TRANSNACIONALIZAÇÃO DA SOBERANIA POPULAR

Agora abordaremos o outro lado da constitucionalização progressiva, as perspectivas para formação de regimes continentais com características estatais. Assim como Habermas, iremos nos concentrar no exemplo da União Européia. A integração européia, atualmente, tem de lutar com duas dificuldades estruturais conhecidas como o “déficit democrático”⁵⁶ e o “déficit social”⁵⁷. A crise do euro deixou os dois déficits ainda mais aparentes, mais relevantes e mais incômodos. Acabou levando, com o uso de fundos de emergência, o “pacto fiscal”, além das novas medidas de vigilância macroeconômicas, ao aumento exacerbado da percepção desses déficits⁵⁸. Mas, basicamente, a estrutura do problema, como foi apresentada aqui, permaneceu a mesma.

O que muitos dos defensores da progressividade européia, inclusive Habermas, ignoram é que o déficit democrático da União Européia não é uma simples questão do monopólio, por parte da comissão da UE, das iniciativas legislativas, da falta de prestação de contas de seu parlamento, das diferenças de patamar entre o parlamento e o conselho, ou o próprio papel do Conselho Europeu⁵⁹. O déficit democrático leva a uma falta de igualdade política entre os cidadãos europeus e esse é um aspecto não percebido, que é tanto quando (ou mais) importante do que os anteriormente citados. A Corte Federal Constitucional alemã enfatizou, com razão, esse aspecto em sua decisão sobre o tratado de Lisboa.⁶⁰ Se é correto afirmar, que a coerção legal só pode ser legitimada se todos que a ela se submetem participam, igualmente, na criação das normas, então, não é *quantité négligeable* que os cidadãos europeus são representados de forma completamente desigual no corpo legislativo do parlamento, de acordo com suas nacionalidades. Os cidadãos europeus são representados, de forma ainda mais diferenciada, quando se fala em criar ou modificar a constituição, isso se aplica à presente situação e a todas as propostas, bem intencionadas, de democratização⁶¹.

Em oposição, Habermas pelo menos delinea o ato revolucionário da construção de uma constituição como voto do povo europeu⁶², podendo-se imaginar que também aprova o uso desses poderes para mudar a constituição no futuro. No entanto, está silenciosamente comprometendo as modalidades da representação parlamentar, e talvez não por mero acaso. Pois então, ficaria muito evidente, que de outra perspectiva, a demanda por redemocratização se revelaria como um aumento no poder de “Maiores Estados Membros”, particularmente, da Alemanha. É nesse contexto, que foi corretamente ressaltado que ainda existe como pré-requisito para o estabelecimento, ou a perduração, da união entre os países europeus, a criação de uma constituição e jurisdição européias, que não pode ser criada de acordo com o princípio da igualdade de representação⁶³. Se isso é verdade, então, seria necessário nos afastarmos dos postulados da democracia, que sempre se referem à igual possibilidade de participação, no regime moderno e constitucional (que se assemelha a um sistema estatal), sem mais hesitação. Uma vez que isso for concedido, será questionável, pelo menos ao nosso ver, se ainda será possível defender o projeto de

tornar a Europa um Estado. Se esse desejo, ainda assim, persistir, baseando-se no fato de que quando se trata do princípio da igualdade de participação, que é central para a teoria democrática, a União Européia não pode formar nada a não ser um *aliud* para o Estado Constitucional moderno.

A impossibilidade de resolução do déficit democrático, que foi discutido aqui, em termos de integração europeia como a formação de um regime com características estatais, possui bases políticas e econômicas que têm aplicações imediatas ao problema do “déficit social”. Resumindo: Os Estados membros da União, relacionam-se como parceiros em uma entidade de nível federal-supranacional e devem considerar seriamente a sua transformação em um Estado Federal. Dentro das relações atuais de integração europeia, esses estados são, antes de tudo, competidores entre si. Portanto, é necessário que busquem um pouco de cooperação, dentro das condições exacerbadas dos mercados integrados e financeiros⁶⁴. Desse ponto de vista, a integração europeia foi e é um quadro que possui dupla função: Melhora a situação geral dos Estados membros, em comparação com outros Estados, mas ao mesmo tempo, alguns Estados membros podem se beneficiar mais do que outros Estados, também membros⁶⁵. Portanto, os interesses de alguns Estados membros podem não estar alinhados aos interesses da integração europeia. Isso fica mais evidente em se tratando de políticas sociais verdadeiras, ou seja, que promovem a redistribuição direta de renda⁶⁶. Aqui também, dentro da unificação, os interesses econômicos e as instituições de bem-estar social colidem, tornando, como Fritz Scharpf já demonstrou diversas vezes⁶⁷, a integração dos setores de verdadeira política social (inclusive relações industriais, seguro social, bem-estar social, serviços públicos) muito improvável.

Esses diagnósticos ficam ainda mais evidentes com a crise que decorre do déficit de soberania popular, assim como com as políticas usadas para lidar com essa situação⁶⁸. A moeda comum permitiu, por meio da coordenação de barreiras no aumento dos salários por parte dos agentes de barganha coletivos, que a Alemanha retomasse sua posição de central importância dentro da União, que havia sido perdida no início do milênio. Os outros países da zona do euro não possuíam a possibilidades estrutural, ou a vontade política, para utilizar essas mesmas ferramentas de diminuição salarial e de serviços sociais (e outros benefícios). Tal fato resultou em uma situação de desequilíbrio — que foi muito vantajosa para a Alemanha — de o euro se tornar sub-valorizado em relação à economia alemã. Logo, a economia alemã se tornou super-valorizada em relação às economias dos países em débito atualmente. Como consequência, o saldo positivo de comércio alemão continuou a aumentar, assim como os déficits, públicos e privados, nos países devedores; as duas situações são os lados diferentes de uma mesma moeda, mesmo que os fundos de emergência do banco também sejam parcialmente responsáveis pelo débito público.

A crise atual poderia tornar necessária, uma comunitarização, de fato, das políticas sociais, do trabalho e da economia, o que traria uma abertura de ampla latitude para políticas democráticas a nível europeu⁶⁹. Ao final desse processo de comunitarização, a União Européia se tornaria quase indistinguível de um estado moderno federal, nos termos de suas

competências. (Isso colocaria o princípio da igualdade de participação como uma matéria urgente na agenda político-constitucional da União).

Em outras palavras: A pressão macroeconômica para que se cure os déficits sociais da União Européia está mais forte do que nunca. No entanto, o desenvolvimento está caminhando em sentido contrário. A Alemanha — mas não só a Alemanha, como outros governos europeus — não está disposta a colocar as vantagens econômicas da União Européia em jogo para obter essa comunitarização. Pelo contrário, o foco se restringe a equipar a União Européia com meios de regulação que são necessários para os imperativos funcionais da união monetária, de modo que essa prevaleça sobre as políticas democráticas nos estados membros. Atualmente, esses meios consistem, particularmente, no Mecanismo Europeu de Estabilidade⁷⁰ que impõe regras estritas aos países vinculados. O Tratado sobre a Estabilidade, Coordenação e Governo⁷¹ é a maior conquista quando se trata de disciplinar as autoridades orçamentárias dos Estados Membros, do controle macroeconômico do trabalho desses Estados, além de políticas econômicas e sociais⁷². Esses instrumentos não necessitam de controle democrático a nível europeu, pois a essência dos imperativos funcionais macroeconômicos da união monetária, que é a de persistir mesmo sem a comunitarização do trabalho, da econômica, ou das políticas sociais, adianta um resultado: A austeridade, a redução dos salários e dos serviços sociais e benefícios⁷³. Essa arquitetura da união monetária — se não resultar no fim do euro — é ideal, não só para oferecer segurança à economia alemã, mas também para assegurar sua hegemonia política a longo prazo no contexto da União Européia. Mesmo hoje, já seria impossível estabelecer uma alternativa política a essa hegemonia alemã no dentro da União. É necessário observar, que os outros Estados Membros, também, não estão perseguindo de forma efetiva o objetivo da comunitarização do trabalho da economia, ou das políticas sociais. Consideramos que essa é uma outra evidência que suporta nossa tese: Os Estados Membros, e pelo menos a maioria de suas respectivas populações, continuarão a preferir a possibilidade de competição dentro da União, ao invés de buscarem uma comunitarização, que trará incertezas.

Para opor explicitamente qualquer voluntarismo político, é necessário enfatizar o seguinte: O problema não é predominantemente enraizado na falta de vontade dos tomadores de decisões atuais, na Alemanha, ou em qualquer outro país. Pelo contrário, essa vontade faltosa, reflete meramente o problema estrutural principal da justaposição de Estados competidores, cada um com sua própria estrutura econômica. No geral, uma “Internacionalização do Estado”⁷⁴ pode ser observada, para qual a integração européia forma uma arena importante. Em termos gerais, portanto, a internacionalização do Estado não resulta no fim da competição entre Estados capitalistas, isso também se aplica a membros importantes da União. Por essa razão, os projetos de um “Eurocapitalismo” mais democrático e mais social adquirem caráter meramente especulativo. Em resumo: A fragmentação em Estados-Nação é uma característica fundamental da socialização global capitalista. O Estado-Nação possui um papel sistêmico nessa concepção. Portanto, ao se resolver o problema da fragmentação em Estados-Nação por meio de uma única constituição mundial acaba transcendendo as

condições da socialização capitalista. No entanto, reduzir a fragmentação política, por meio do estabelecimento de um sistema de poucos Estados Continentais também encontraria uma dificuldade sistêmica.

8. CONCLUSÃO

Nossa conclusão pode ser apresentada inicialmente na forma de um dilema. Precisamos postular a restauração dos conteúdos liberais, democráticos e sociais que caracterizam o conceito do Estado Constitucional Moderno, para que possamos contrapor o “Novo Constitucionalismo” e encontrar uma forma política para a transnacionalização da soberania popular. Uma possibilidade seria a de abolir qualquer tipo de função constitucional que ultrapasse o Estado-Nação. Uma ordem de forma literalmente internacional, como essa, não ofereceria nenhuma vantagem contra as hierarquias socioeconômicas mundiais e contra as estruturas de poder que delas resultam. A autonomia democrática formalmente garantida dos Estados seria um espaço de possibilidade para uma verdadeira auto-determinação pelo menos para grande parte das nações ocidentais industrializadas. Esse é um lado do nosso dilema. A alternativa ao progressivo — isso é a democrática e social — constitucionalização da sociedade mundial já se provou inevitável, mesmo em casos favoráveis como o europeu. Pois, no contexto das relações sociais existentes, os Estados-Nação ocupam um papel central que aparentemente não pode ser eliminado.

Para se chegar a uma solução é necessário que se conceba as duas estratégias, não como opostas, mas como complementares. Isso significaria a necessidade do abandono de pretensões a uma aplicabilidade universal, por parte das duas estratégias. Nem um retorno absoluto ao Estado-Nação, nem a constitucionalização progressiva, isoladamente podem responder, de forma satisfatória, às questões propostas pela teoria da soberania popular. Ao invés disso, aspectos defensivos e progressivos das suas teorias precisam ser combinados em uma nova estratégia.

Nesse estágio, parece possível formular apenas algumas linhas de guia, para orientar tal estratégia. Primeiramente, é necessário reconhecer que, frequentemente, são precisamente as estruturas do “Novo Constitucionalismo” que não são apropriadas para a ordem democrática, mas possuem um efeito contrário. Nesses sentido, a análise precisa se focar no objeto e na essência do regime constitucional; a forma da legalização constitucionalista em si, ou de si mesma, não pode ser entendida como progresso. Todo regime jurídico internacional com um caráter constitucional teria de sofrer uma análise profunda para que se identifique sua contribuição concreta à possibilidade de uma ordem democrática de uma sociedade mundial. O regime da união monetária europeia contribui, primeiramente, para a redução da auto-determinação democrática nos países envolvidos, portanto deveria ser imediatamente substituído por um sistema monetário baseado no modelo de Bretton Woods. Outros exemplos negativos incluem o regime de proteção de investimentos internacional ou os vários regimes de livre comércio em serviços.

Por outro lado, como já havia sido sugerido pela economia-política crítica do anti-constitucionalismo democrático, não parece possível dispensar inteiramente os regimes constitucionalistas. Pelo contrário, são indispensáveis nos contextos a seguir: Primeiramente, para sustentar o potencial de uma democracia social a nível estatal, por exemplo com a regulação nos fluxos internacionais de capital; em segundo lugar, para diminuir assimetrias econômicas por meio de políticas sociais desenvolvimentistas, como a regulação de patentes e farmacêuticos; por último, são fundamentais para se manter as condições apropriadas para a vida, como por meio da proteção do meio-ambiente e do clima. As perdas de autonomia democrática ao nível do Estado-Nação causadas por esses regimes deveriam ser tratadas através de elementos de constitucionalização progressiva, que, por outro lado, não podem de fato levar a uma ordem política compreensiva na forma de um estado continental, ou de um estado global. A ideia de democratização ligada a tais elementos precisa, então, referir-se especificamente ao caráter internacional do regime constitucionalista e deve abster-se particularmente de emular a planta da democracia do Estado-Nação. O modelo fornecido pela Comunidade método da União Européia, de acordo com o qual a jurisdição supranacional exige, de um lado, consentimento do governo nacional de representantes, e do outro, o consentimento do parlamento europeu, com uma composição proporcionalmente menor, não é o pior modelo para tal objetivo.

>> NOTAS

* Esse manuscrito foi apresentado no Seminário de pesquisa de ARENA, Centro para Estudos Europeus em Oslo. Estamos agradecidos pelos comentários dos participantes, especialmente os de Erik O. Eriksen e John Erik Fossum, também pelos comentários em rascunhos iniciais de Hans-Jürgen Bieling e Martin Höpner.

¹ Maus 1994a; 2011.

² Habermas, 1994.

³ Habermas, 2008.

⁴ Habermas, 2001; 2012.

⁵ Maus 2006; 2010.

⁶ Nas páginas seguintes, discutiremos principalmente as teses de Jürgen Habermas e Ingeborg Maus como defensores da teoria da soberania popular. Apesar de os dois serem teóricos alemães (e de Frankfurt), vistos de forma sistemática, são representantes de duas estratégias idealizadas dentro do campo da teoria da soberania popular que envolvem teóricos como William E. Scheuerman, Andreas Kalyvas, Hauke Brunkhorst, Thomas McCarthy, and David Held. Sobre os aspectos teóricos comuns entre Habermas e Maus, ver Niesen, 2011.

⁷ Wolfgang Streeck, 2011,2013; Habermas, 2013.

⁸ Biebricher/ Vogelmann, 2014.

⁹ Habermas, 2012.

¹⁰ Gill 2002; 2008: 161-175.

¹¹ Schonberger, 1997: 234, 239.

¹² Böckenförde, 2006.

¹³ Maus, 1994b.

¹⁴ Crouch 2004.

¹⁵ Gill 1998.

¹⁶ Tratado sobre a Estabilidade, Coordenação e Governo na União Monetária e Econômica (ou o chamado, pacto fiscal), disponível em: http://europeanCouncil.europa.eu/media/639235/stootscg26_en12.pdf (9.11.2012).

¹⁷ Maus, 2011.

¹⁸ Maus, 2005; 2007; 2010; Grimm, 1995.

¹⁹ Eberl, 2011.

²⁰ Deliberadamente destacada a teoria da Soberania Popular fala plausivelmente do acoplamento estrutural de deliberação inclusiva e decisão igualitária, ver Brunkhorst (2002: 676).

²¹ Habermas, também, sempre cético em relação a deliberações substancialistas, reconhece o problema da diversidade linguística para um público europeu que ainda não existe. Habermas deseja uma “transnacionalização de públicos nacionais existentes” (2009b: 182). No que concerne ao estado modesto das relações e das perspectivas igualmente modestas ver (Peters et al., 2005).

²² Maus, 1992.

²³ Fraser, 2007.

²⁴ Willian E. Scheuerman, 2011.

²⁵ Scheuerman 2011: 265; 2004.

²⁶ Brunkhorst, 2007.

²⁷ Scharpf, 1997.

²⁸ Mesmo Habermas, que não quer o argumento do aumento de complexidade devido ao aumento da extensão territorial, seja entendido como uma mudança da “qualidade do processo de opinião e formação de vontade”, deve admitir que existe “o perigo da distorção

sistemática, aos quais os circuitos de comunicação são sujeitos, em esferas extensivas geográficas e esferas políticas heterogêneas — principalmente em condições em que a mídia foi (quase) completamente privatizada como nos Estados Unidos.” (Habermas, 2012: 20 n. 28).

²⁹ Maus, 2010: 71

³⁰ Sobre o conflito de leis como uma forma democrática de jurisdição transnacional ver (Maus, 2006) e aprofundamentos (Rödl, 2011).

³¹ Wallerstein, 2004: 16.

³² Para crítica, ver Gill, 2004.

³³ Wallerstein, 1974: 66.

³⁴ Wallerstein, 1980: 74, 244.

³⁵ Wallerstein, 1980: 36.

³⁶ Margins & Schor, 1992; Hobsbawm, 1994; Crowch, 2004; Leibfried & Zur, 2005.

³⁷ Arrighi, 2009: 269.

³⁸ Helleiner, 1996.

³⁹ Frowein, 2009.

⁴⁰ Cf. Art. 53 sentence 2, A Convenção de Viena sobre os tratados jurídicos. Isso inclui a abolição da escravidão, das agressões, dos genocídios assim como a exigência de se respeitar os direitos humanos.

⁴¹ Na concepção sobre o lócus da justiça no quadro global, ver (Rawls, 1993) e (Beitz, 1975) com posições opostas.

⁴² Maus, 1994a, 235.

⁴³ Falamos de constitucionalização ao invés de constitucionalismo porque nós gostaríamos de reservar o último termo para projetos que não possuem ambições democráticas.

⁴⁴ Habermas, 1995; 2001; 2006; 2007; 2008a; 2008b; 2012.

⁴⁵ Weiler, 1991.

⁴⁶ Além disso, Habermas está ciente do nível de coordenação de “assuntos técnicos em um sentido mais abrangente”, os quais ele gostaria de colocar em redes de especialistas transnacionais (Habermas, 2008a: 324; Habermas, 2008b: 446). Apesar de que nós duvidamos que as diferenças fundamentais entre questões políticas e técnicas sejam apoiadas — deve-se observar que Habermas considera o campo de combate ao crime organizado, sensível nos termos dos direitos fundamentais.

⁴⁷ Claro, muito aqui dependerá do que é considerado como violação dos direitos humanos. Convincentemente estreito, em contraste, o conceito em (Cohen, 2006).

⁴⁸ Habermas, 2008a: 324.

⁴⁹ Habermas, 2008b: 446.

⁵⁰ Habermas, 2009a.

⁵¹ Em Habermas (2012: 50) a expansão das “capacidades políticas de governo” é limitada ao “Core Europe” e aos “membros da zona monetária europeia”.

⁵² Habermas, 2012.

⁵³ Habermas, 2012: 68.

⁵⁴ Habermas, 2012: 62.

⁵⁵ Ibid.: 61.

⁵⁶ Siedentop, 2001; Hix, 2008.

⁵⁷ Scharpf 2010; Hopner & Schafer, 2010.

⁵⁸ Fossum & Menéndez, 2014.

⁵⁹ Habermas, 2012.

⁶⁰ A Corte Constitucional Alemã, decisão de 30 de junho, 2009 — 2 BvE 2/08, margin no. 268, available at http://www.bverfg.de/entscheidungen/es20090630_2bve000208.html (12 de Setembro de 2010).

- ⁶¹ Também Offe, 2013: 608.
- ⁶² Habermas, 2009a: 103.
- ⁶⁵ Neyer, 2010: 905.
- ⁶⁴ Vide Hirsch, 2005; Hurrelmann et al., 2008.
- ⁶⁵ Os debates sobre a distribuição dos custos da iminente falência nacional da Grécia e seus efeitos macroeconômicos na política de baixa salarial alemã, são os exemplos mais recentes.
- ⁶⁶ Leibfried & Obinger, 2008.
- ⁶⁷ Scharpf, 1999; 2008; 2010.
- ⁶⁸ Scharpf, 2011 e Streeck, 2011.
- ⁶⁹ Habermas, Bofinger & Nida-Rumelin, 2012; Offe, 2013.
- ⁷⁰ Tratado que estabelece o Mecanismo de Estabilidade Europeu, disponível em <http://www.european-council.europa.eu> (acesso em: 12.11.2012).
- ⁷¹ Ver acima.
- ⁷² Regulação (UE) No. 1176/2011 sobre a prevenção e a correção dos desequilíbrios macroeconômicos e Regulação (UE) No. 1174/2011 sobre aplicação de medidas para corrigir desequilíbrios macroeconômicos excessivos na área do Euro.
- ⁷³ Demandas atuais pela democratização desses instrumentos estão lutando em uma batalha política perdida, ou estão induzidos a moderar demandas por auto-determinação democrática para eleger diretamente somente a liderança executiva europeia.
- ⁷⁴ Hirsch, 2005; Sassen, 2006.

>> FONTES

- Arrighi, Giovanni (2009).** *The Long Twentieth Century. Money, Power and the Origins of Our Time*. London / New York: editora.
- Beitz, Charles (1975).** "Justice and International Relations". *Philosophy & Public Affairs* 4, 360-389.
- Biebricher, Thomas/Vogelmann, Frieder (2014).** "Die Zukunft Europas zwischen Demokratie und Kapitalismus". *Politische Vierteljahresschrift*, 55/1, 1-17.
- Böckenförde, Ernst-Wolfgang (2006).** "Der deutsche Typ der konstitutionellen Monarchie im 19. Jahrhundert". (Org.), *Recht, Staat, Freiheit*, 273-305.
- Brunkhorst, Hauke**
- (2002). "Globalizing Democracy without a State. Weak Public, Strong Public, Global Constitutionalism". *Millennium. Journal for International Studies* 31. 675-690.
 - (2007). "Zwischen transnationaler Klassenherrschaft und egalitärer Konstitutionalisierung. Europas zweite Chance", in: Niesen, Peter / Herborth, Benjamin (orgs.). *Anarchie der kommunikativen Freiheit. Jürgen Habermas und die Theorie der internationalen Politik*. Frankfurt am Main: editora, 321-349.
- Cohen, Jean (2006).** "Sovereign Equality vs. Imperial Right: The Battle over the 'New World Order'", *Constellations* 13, 487-505.
- Crouch, Colin (2004).** *Post-Democracy*, Oxford: Oxford University Press.
- Eberl, Oliver (Ed.) (2011).** *Transnationalisierung der Volkssouveränität. Radikale Demokratie diesseits und jenseits des Staates*. Stuttgart: Franz Steiner Verlag.
- Fossum, John Erik / Menéndez, Augustin José (Eds.) (ano).** "The European Union Crises or the European Union as Crises", *Arena Report* 2/14.
- Fraser, Nancy (2007).** "Transnationalizing the Public Sphere. On the Legitimacy and Efficacy of Public Opinion in a Post-Westphalian World". *Theory, Culture & Society* 24/4, 7-30.
- Frowein, Jochen A. (2009).** "Ius Cogens", in: Rüdiger Wolfrum (Ed.). *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*. Oxford: Oxford University Press. Disponível em: <www.mpepil.com>. Acessado em: 3/12/2012.
- Gill, Stephen**
- (1998). "European Governance & New Constitutionalism: EMU & Alternatives to Disciplinary Neo-liberalism in Europe", in: *New Political Economy* 3, 5-26.
 - (2002). "Constitutionalizing Inequality and the Clash of Globalizations". *International Studies Review*, 47-65.
 - (2004). "Die falsche Antwort auf die amerikanische Frage. Eine Replik auf Immanuel Wallerstein". *Prokla. Zeitschrift für kritische Sozialwissenschaft* 34/2, 287-297.
 - (2008). *Power and Resistance in the New World Order*, Hampshire / New York.
- Grimm, Dieter (1995).** *Does Europe Need a Constitution?* *European Law Journal* 1, 282-302.
- Habermas, Jürgen (ed.)**
- (1994). *Three Normative Models of Democracy*, *Constellations* Vol 1 No1, 1-10.
 - (1995). Remarks on Dieter Grimm's 'Does Europe Need a Constitution?', in: *European Law Journal* 1, 303-307.
 - (1999). "The European Nation State and the Pressures of Globalization", in: *New Left Review*, No. 235, (May-June/1999), 425-436.
 - (2001). *The Postnational Constellation and the Future of Democracy*, in: Habermas, Jürgen, *The Postnational Constellation. Political Essays* (Studies in Contemporary German Social Thought), Cambridge.
 - (2006). *Does the Constitutionalization of International Law Still Have a Chance?* in: Jürgen Habermas, *The Divided West*, Cambridge: Polity Press, 115-193.

- (2007). Kommunikative Vernunft und grenzüberschreitende Politik, in: Niesen, Peter / Herborth, Benjamin (Org.), *Anarchie der kommunikativen Freiheit*, Frankfurt am Main, 406-459.
- (2008a). A Political Constitution for the Pluralist World Society? in: Habermas, Jürgen (ed.), *Between naturalism and religion: philosophical essays*, Cambridge, UK: Polity Press, 312-351.
- (2008b). *The Constitutionalization of International Law and the Legitimation Problems of a Constitution for World Society*, *Constellations* 15, 444-455.
- (2009a). European Politics at an Impasse: A Plea for a Policy of Graduated Integration, in: Habermas, Jürgen (Org.), *Europe. The Faltering Project*, Cambridge, UK: Polity Press, 78-106.
- (2009b). Political Communication in Media Society: Does Democracy still have an Epistemic Dimension? The Impact of Normative Theory on Empirical Research, in: Habermas, Jürgen (Org.), *Europe. The Faltering Project*, Cambridge, UK: Polity Press, 138-183.
- (2012). *The Crisis of the European Union. A Response*, Cambridge/UK, Malden/MA: Polity Press.
- (2013). 'Demokratie oder Kapitalismus? Vom Elend der nationalstaatlichen Fragmentierung in einer kapitalistisch integrierten Weltgesellschaft', *Blätter für deutsche und internationale Politik* 5, 59-70.
- Habermas, Jürgen / Bofinger, Peter / Nida-Rümelin, Julian (2012).** *The Case for a Change of Course in European Policy*, Disponível em: <www.social-europe.eu>. Acessado em: 12/11/2012.
- Helleiner, Eric (1996).** *States and the Reemergence of Global Finance. From Bretton Woods to the 1990s*, Ithaca, London.
- Hirsch, Joachim (2005).** *Materialistische Staatstheorie. Transformationsprozesse des kapitalistischen Staatensystems*, Hamburg.
- Hix, Simon (2008).** *What is wrong with the European Union and How to Fix it*, London: Wiley & Sons.
- Hobsbawm, Eric (1994).** *The Age of Extremes. A History of the World, 1914-1991*. London: Abacus.
- Hopkins, Terence K. / Wallerstein, Immanuel (1982).** *World-Systems Analysis: Theory and Methodology*, Beverly Hills: Sage.
- Höpner, Martin / Schäfer, Armin (2010).** a New Phase of European Integration: Organized Capitalism in Post-Ricardian Europe, in: 33 *West European Politics*, 344-368.
- Hurrelmann, Achim / Leibfried, Stephan / Martens, Kerstin / Mayer, Peter (2008).** Die Transformation des Nationalstaates: Ergebnisse und Perspektiven, in: Hurrelmann, Achim / Leibfried, Stephan / Martens, Kerstin / Mayer, Peter (Org.), *Zerfasert der Nationalstaat? Die Internationalisierung politischer Verantwortung*, Frankfurt am Main, 303-322.
- Leibfried, Stephan / Obinger, Herbert (2008).** Nationale Sozialstaaten in der Europäischen Union. Zukünfte eines "sozialen Europas", in: Höpner, Martin / Schäfer, Armin (Org.), *Die Politische Ökonomie der europäischen Integration*, Frankfurt am Main, 335-365.
- Leibfried, Stephan / Zürn, Michael (2005).** A New Perspective on the State: Reconfiguring the National Constellation, in: id. (Ed.) *Transformations of the State?* Cambridge University Press: Cambridge, 1-36.
- Maduro, Miguel Póiares / Kumm, Matthias / De Witte, Bruno (2012).** *The Euro Crisis and the Democratic Government of the Euro. Legal and Political Issues of a Fiscal Crisis*, Policy Report. Disponível em: <<http://globalgovernanceprogramme.eui.eu/wp-content/uploads/2012/06/Policy-Report10May20121.pdf>>. Acessado em: 4/12/2012.
- Marglin, Stephen / Schor, Juliet (Org.) (1992).** *The Golden Age of Capitalism. Reinterpreting the Postwar Experience*. Oxford, Oxford University Press.

Maus, Ingeborg

- (1992). Basisdemokratische Aktivitäten und rechtsstaatliche Verfassung: zum Verhältnis von institutionalisierter und nichtinstitutionalisierter Volkssouveränität, in: Kreuder, Thomas (Org.), *Der orientierungslose Leviathan*. Verfassungsdebatte, Funktion und Leistungsfähigkeit von Recht und Verfassung. Marburg, 99-116.
- (1994a). *Zur Aufklärung der Demokratietheorie*. Rechts – und demokratietheoretische Überlegungen im Anschluss an Kant, Frankfurt am Main.
- (1994b) Volkssouveränität versus Konstitutionalismus, in: Frankenberg, Günter (Hrsg.), *Auf der Suche nach der gerechten Gesellschaft*, Frankfurt am Main, 75-83.
- (2005). Die Errichtung Europas auf den Trümmern der Demokratie?, in: *Blätter für deutsche und internationale Politik* 50-53. 679-692, 829-839, 965-979.
- (2006). From Nation-State to Global State, or the Decline of Democracy, in: *Constellations*, Vol. 13, No 4, 465-484.
- (2007). Verfassung oder Vertrag. Zur Verrechtlichung globaler Politik, in: Niesen, Peter / Herborth, Benjamin (Org.), *Anarchie der kommunikativen Freiheit*. Jürgen Habermas und die Theorie der internationalen Politik, Frankfurt am Main, 350-382.
- (2010). Verfassung und Verfassungsgebung. Zur Kritik des Theorems einer "Emergenz" supranationaler und transnationaler Verfassungen, in: Niederberger, Andreas / Kreide, Regina (Org.), *Staatliche Souveränität und transnationales Recht*, München, 28-71.
- (2011). *Über Volkssouveränität*. Elemente einer Demokratietheorie, Berlin.

Neyer, Jürgen

- (2010). Justice, Not Democracy: Legitimacy in the European Union, in: *Journal of Common Market Studies* 48, 903-921.
- (2012). *The Justification of Europe: A Political Theory of Supranational Integration*, Oxford University Press.

Niesen, Peter (2011). Legitimacy without Morality. Habermas and Maus on the Relationship between Law and Morality, in: Ungureanu, Camil / Joerges, Christian / Günther, Klaus (Org.). Jürgen Habermas. *Avebury: Ashgate*, Vol. I, 123-146.

Niesen, Peter / Eberl, Oliver (2008). Demokratischer Positivismus: Habermas und Maus. in: Buckel, Sonja / Christensen, Ralf / Fischer-Lescano, Andreas (Org.). *Neue Theorien des Rechts*, Stuttgart, 3-26.

Offe, Claus (2013). *Europe Entrapped*. Does the EU have the political capacity to overcome its current crisis?, *European Law Journal*, Vol. 19. No. 5, September 2013, 595-611.

Peters, Bernhard / Sift, Stefanie / Brüggemann, Michael / Kleinen-v.Königslöw, Katharina / Wimmel, Andreas (2005). *National and Transnational Public Spheres: The Case of the EU*, in: Leibfried, Stephan & Zürn, Michael (Ed.), *Transformations of the State?*, Cambridge: Cambridge University Press, 139-160.

Rawls, John (1993). The Law of the Peoples, in: Stephen Shute & Susan Hurley, (Ed.), *On Human Rights*, New York.

Rödl, Florian (2011). Democratic Juridification without Statisation: Law of Conflict of Laws instead of a World State, in: Christian Joerges/Tommi Ralli (Ed.), *After Globalisation — New Patterns of Conflict*, to be published soon in the ARENA-Report-Series.

Sassen, Saskia (2006). *Territory, Authority, Rights*. From Medieval to Global Assemblages, Princeton/NJ.

Scharpf, Fritz

- (1997). *Games Real Actors Play*. Actor-Centered Institutionalism in Policy Research, Boulder/Co.: Westview Press.
- (1999). *Governing in Europe - Effective and Democratic?*, Oxford.

- (2008). Individualrechte gegen nationale Solidarität, in: Höpner, Martin / Schäfer, Armin (Org.). *Die politische Ökonomie der europäischen Integration*, Frankfurt am Main, 89-99.
- (2010). The Asymmetry of European Integration, or why the EU cannot become a 'social market economy', in 8 *Socio-Economic Review*, 211-250.
- (2011). Monetary Union, Fiscal Crisis and the Pre-emption of Democracy, in: 9 *Zeitschrift für Staats- und Europawissenschaften*, 163-198.
- Scheuerman, William E.**
- (2004). *Liberal Democracy and the Social Acceleration of Time*, Baltimore.
- (2011). Der Republikanismus der Aufklärung im Zeitalter der Globalisierung, in: Eberl, Oliver (Org.), *Transnationalisierung der Volkssouveränität. Radikale Demokratie diesseits und jenseits des Staates*, Stuttgart: Franz Steiner Verlag.
- Schneiderman, David (2000).** Investment Rule and the New Constitutionalisation, in: *Law and Social Inquiry* 25, 757-787.
- Schönberger, Christoph (1997).** *Das Parlament im Anstaltsstaat*, Frankfurt am Main.
- Siedentop, Larry (2001).** *Democracy in Europe*, New York.
- Streeck, Wolfgang (2011).** The Crises of Democratic Capitalism, in: 71 *New Left Review*, 5-29.
- Wolfgang Streeck (2013b)** 'Vom DM-Nationalismus zum Euro-Patriotismus? Eine Replik auf Jürgen Habermas', *Blätter für deutsche und internationale Politik* 9, 75-92.
- Wallerstein, Immanuel**
- (1974). *The Modern World-System. Capitalist Agriculture and the Origins of the European World-Economy in the Sixteenth Century*, New York.
- (1980). *The Modern World System: Mercantilism and the consolidation of the European world-economy*, San Diego.
- (2004). *World-Systems Analysis: An Introduction*, Durham and London.
- Weiler, Joseph (1991).** The Transformation of Europe, in: *Yale Law Journal*, 2403-2483.
- Wolf, Klaus-Dieter (2000).** *Die neue Staatsräson. Zwischenstaatliche Kooperation als Demokratieproblem*, Baden-Baden.

**ENTRE O PAROXISMO DE
RAZÕES E A RAZÃO NENHUMA:
PARADOXOS DE UMA PRÁTICA
JURÍDICA // BETWEEN THE
PAROXYSM OF REASONS AND NO
REASON AT ALL: PARADOXES OF A
LEGAL PRACTICE**

CLAUDIA ROSANE ROESLER

>> RESUMO // ABSTRACT

Uma análise das decisões judiciais dos tribunais superiores brasileiros indica um acentuado déficit de racionalidade nas justificações produzidas pelos julgadores quanto às razões de suas decisões, se utilizados os instrumentos teóricos da Teoria da Argumentação Jurídica. Há uma notável dificuldade em se estabelecer claramente a vinculação entre a decisão tomada e suas razões, bem como em relacioná-la com outros elementos do ordenamento jurídico (normas gerais e padrões jurisprudenciais). Condicionamentos de caráter histórico e institucional podem servir como explicações plausíveis para este quadro e o presente artigo procura explorar, ainda que de modo inicial, algumas hipóteses explicativas da configuração da prática argumentativa brasileira. // An analysis of court decisions of the Brazilian Superior Courts, according to the theoretical instruments of the Theory of Legal Argumentation, indicated a substantial deficit of rationality in the justifications produced by the judges on the reasons grounding their decisions. There is a notable difficulty in clearly establishing the links between the decision taken and the reasons behind it, as well as in associating it with other elements of the legal order (general rules and jurisprudential standards). Institutional and historical conditionings can serve as plausible explanations for this scenario, and the present article seeks to explore, even if only initially, some of the hypotheses to explain this characteristic of the Brazilian argumentative practice.

>> PALAVRAS-CHAVE // KEYWORDS

Argumentação judicial; tribunais superiores; teoria da argumentação jurídica; racionalidade. // Legal Argumentation; superior courts; argumentation theory; rationality.

>> SOBRE O AUTOR // ABOUT THE AUTHOR

Professora de Teoria Geral e Filosofia do Direito da Universidade de Brasília. // Professor of Legal Theory and Legal Philosophy at the University of Brasilia.

>> SOBRE ESTE ARTIGO // ABOUT THIS ARTICLE

Resultado da análise realizada no projeto de pesquisa financiado pelo CNPq, intitulado “Argumentação Judicial e Controle Racional: o “estado da arte” da justificação das decisões judiciais nos tribunais superiores brasileiros”. Tradução para o inglês de Caio Martino. // Result of the analysis made on the research project financed by CNPq, named “Legal Argumentation and Rational Control: The ‘state of the art’ of justification in the legal decisions of the Brazilian superior courts”. English translation by Caio Martino.

1. INTRODUÇÃO

Nos últimos anos temos assistido, de modo recorrente e a partir de diversas perspectivas teóricas, a um movimento de crítica à atividade judicante dos tribunais brasileiros. Ressalta-se, nesta crítica, a baixa qualidade técnica das decisões e a dificuldade de se visualizar uma linha coerente de fundamentação. A imagem geral é, assim, de um amontado de decisões, mais ou menos erráticas.

O presente artigo procura analisar a prática argumentativa dos tribunais superiores brasileiros, centrando-se no STF e no STJ, para compreender se essa crítica, por vezes feita de modo mais polêmico que academicamente orientado, pode ser amparada na prática argumentativa efetiva dos referidos tribunais. A análise, ao final, permite levantar algumas hipóteses explicativas e sugerir novos caminhos de pesquisa.

Para fins de análise, como se explicará em detalhes adiante, as decisões judiciais escolhidas foram tomadas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça. A hipótese de trabalho é, no entanto, mais ampla e abrange as características da argumentação realizada pelos demais tribunais superiores pois o seu objetivo principal é esboçar elementos que permitam compreender porque tais características aparecem. Evidentemente uma comprovação empírica da hipótese teria de ser providenciada para que a pesquisa pudesse afirmar conclusivamente que as características são comuns a todos os tribunais superiores.

A constatação mais geral, analisadas decisões recentes e relevantes, é a de que temos um argumentação abundante em muitos casos, absolutamente lacônica em outros que requereriam maiores cuidados de fundamentação, mas sempre uma dificuldade de determinar a relação entre os fundamentos elencados e a decisão tomada, tornando difícil o controle público e social da qualidade da decisão.

Paradoxalmente, no entanto, estas decisões, tão dificilmente submetidas ao controle social em razão de suas características, tem incidido de modo significativo sobre a garantia dos direitos humanos no Brasil, produzindo uma constatação interessante: por intermédio de uma cultura de decisão de contornos autoritários afirmam-se direitos.

O presente estudo reflete sobre esta situação, ainda que não explore todas as implicações decorrentes do paradoxo, e, para tanto, divide-se em duas partes. A primeira explora as características argumentativas de algumas decisões recentes dos tribunais superiores brasileiros e procura oferecer um retrato do que se pode constatar a partir de uma análise ancorada em instrumentos da teoria da argumentação jurídica. A segunda apresenta as hipóteses acima mencionadas e levanta alguns questionamentos capazes de inspirar estudos futuros.

2. A ARGUMENTAÇÃO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES E SUAS CARACTERÍSTICAS

Para situar o leitor em relação aos pressupostos dos quais partimos é importante lembrar que o papel do Poder Judiciário na criação do Direito é um dos pontos centrais das teorias jurídicas contemporâneas e representa uma espécie de ponto de confluência entre as diversas perspectivas teóricas do fenômeno jurídico.

Um conjunto de elementos pode ser reconstruído para justificar nossa constatação. Certamente a centralidade da Constituição nos sistemas jurídicos contemporâneos e a abertura de sentido das normas jurídicas que decorre dessa centralidade são parte desta explicação. Articulada a ela, a superação de modelos teóricos baseados na concepção de validade formal das normas jurídicas, substituídos por modelos teóricos que enfatizam a dimensão argumentativa do Direito desempenha algum papel, assim como a crescente importância do Poder Judiciário na regulação social, como poder que não só dirime os conflitos individuais, mas também atua de modo significativo na resolução de conflitos entre os demais Poderes, entre os grupos sociais e entre a sociedade civil organizada e o Estado.

Não é desprezível, por outro lado, a dificuldade de, a partir de modelos de recrutamento e seleção pensados para o contexto de um Poder Judiciário mais técnico e menos político, encontrar soluções institucionais de controle da atividade judicial na contemporaneidade e, por fim mas não por último em importância, a necessidade de se utilizar elementos de controle racional das decisões judiciais, presentes nas suas justificações, para melhorar o controle social das decisões judiciais.

Mais do que uma questão teórica, no entanto, esta é uma relevante questão prática sobre a qual é preciso produzir conhecimento, já que se expressa em decisões importantes e definidoras da regulação social nos estados contemporâneos. Sua adequada percepção implica a realização de análises cuidadosas e empíricas de como a argumentação jurídica de fato se realiza em cada contexto nacional, pois, como se sabe desde os estudos de Retórica da Antiguidade, quem argumenta o faz dentro de uma prática argumentativa reconstruída constantemente pelos consensos presumidos ou refletidos dos participantes desta prática. Aquilo que é, portanto, aceito como racionalmente fundamentado ou passível de ser aceito como uma boa razão depende, ao menos em alguma medida, de uma inserção adequada no léxico de um auditório historicamente delimitado. Os participantes de uma prática argumentarão esgrimindo autores e ideias, manejarão certos tipos de argumentos e darão por pressupostos certos conceitos, conformando, ao final, um conteúdo e uma estrutura argumentativa peculiares, ainda que naturalizada e incorporada como o padrão a ser usado.

Neste sentido, cada ambiente argumentativo judicial constrói e naturaliza uma “forma de argumentar”, que pode ser sinteticamente definida como o padrão formal utilizado na formulação e apresentação das decisões, abrangendo a sua apresentação em votos, a existência ou não de discussões e divergências consignadas nos acórdãos, o uso ou não de referências

doutrinárias e jurisprudenciais, a presença de argumentos institucionais, materiais e formais.¹

O presente artigo tem como pano de fundo essa constatação mas, ao invés de prosseguir na válida e importante discussão teórica destes pontos, procura lançar luz sobre a prática argumentativa dos tribunais superiores brasileiros, compreendendo, como se disse acima, que para além das dimensões teóricas é preciso verificar como essa realidade se mostra em cada contexto institucional e como a prática jurídica em sua feição judicial incide na construção e na reconstrução dos direitos.

No intuito de buscar uma aproximação que permitisse compreender como essa problemática se traduz na prática argumentativa dos tribunais brasileiros foram realizadas análises de decisões recentes e relevantes tomadas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça. Optou-se por eleger um método de trabalho que consistiu em utilizar o esquema de Toulmin² para a análise interna das decisões judiciais, determinando a sua estrutura argumentativa, e os requisitos de uma decisão racional propostos por Neil MacCormick³ para a análise externa das decisões. A pesquisa abrangeu decisões tomadas pelo STF e pelo STJ nos últimos anos e foi realizada entre os anos de 2011 e 2013.

Para o ano de 2011 a decisão do STF selecionada versou sobre a aplicação da Lei de Anistia⁴. Em 2012 foram selecionadas as decisões do STF e do STJ sobre a periculosidade de pessoas acometidas de transtorno mental, e a análise versou sobre um total de 65 acórdãos (catorze acórdãos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal e 51 pelo Superior Tribunal de Justiça)⁵. Além dessas, a decisão do STF sobre a “Lei da Ficha Limpa” foi examinada, tendo-se em vista a sua incidência sobre a construção dos direitos políticos⁶. Aprofundando a análise da decisão tomada pelo STF sobre a Lei de Anistia, produziu-se também uma reflexão sobre a dimensão de gênero no discurso do tribunal, procurando apreender se havia alguma sensibilidade para a especificidade da violência contras as mulheres ao longo do período coberto pela anistia concedida pela lei em questão⁷.

Em 2013 e sob o ângulo do STJ a opção recaiu sobre a decisão que discutiu a aplicação da Lei Seca (Recurso Especial 1.111.566-DF) dada a sua relevância para a proteção dos direitos individuais⁸. Abrangendo as decisões de cortes estaduais e a decisão do STF, analisou-se também os acórdãos que reconheceram ou não a possibilidade da união homoafetiva. Foram analisados 186 acórdãos dos tribunais de justiça e a ADI 4.277⁹.

Os dados colhidos nessas análises, como se pode bem imaginar, são bastante férteis e multifacetados, exigindo uma reflexão mais profunda e meditada para que se possa esboçar um “resultado” definitivo e definidor do estado da arte da justificação dos tribunais superiores brasileiros. Alguns achados, no entanto, podem ser discutidos na perspectiva específica deste texto.

Em primeiro lugar, parece bastante evidente que as decisões tomadas pelo STF em casos controversos, como alguns dos analisados (União Homoafetiva¹⁰ e Lei de Anistia¹¹) são veiculadas em acórdãos extensíssimos e, portanto, de difícil análise técnica. A argumentação realizada pelos ministros e ministras versa sobre um conjunto tão amplo e variado de pontos e

usa de um conjunto igualmente amplo e variado de fontes que a mera separação dos fundamentos da decisão — as *ratio decidendi* — e os comentários ou acréscimos — *obiter dicta* — é uma empreitada praticamente impossível. Acresce-se à extensão e à amplitude das referências a peculiar característica de que em algumas decisões não há claramente uma discussão entre os julgadores sobre os mesmos pontos. Uma síntese, portanto, dos fundamentos da decisão é uma tarefa dada ao intérprete e realizada com base em algum critério externo à decisão.

Nesse ponto específico, aliás, há indícios bastante significativos de que o STJ siga o mesmo padrão, como se pode ver, por exemplo, na análise realizada do julgamento do Recurso Especial que discutiu a aplicação da “Lei Seca”, no qual os ministros claramente não discutem os mesmos pontos, dificultando sobremaneira a análise comparativa ou o resumo das razões de decidir da decisão.¹²

Pode-se constatar, também, que o sistema de decisão colegiada adotado no Brasil, de votos individuais preparados previamente pelos julgadores (e pelos seus assessores) com base no processo judicial e levados à sessão de julgamento sem que necessariamente haja um conhecimento prévio por parte dos demais sobre a opinião do relator ou de cada decisor contribui para essa dificuldade. Na maior parte dos casos percebe-se claramente um texto estruturado de antemão, produzido em gabinete, que ou não é modificado no momento da discussão em colegiado ou se o é, vem simplesmente acrescido de novos argumentos ou de uma reedição dos argumentos já elencados na parte principal do voto de cada julgador¹³.

Esta forma cria uma realidade que pode ser sinteticamente definida como um conjunto de decisões mais do que uma decisão colegiada, na qual se podem encontrar concordâncias e discordâncias não enfrentadas resultando em votações majoritárias ou decisões por unanimidade. Em outras palavras, embora a decisão seja colegiada, não é sempre e exatamente o produto de um debate realizado no colegiado, mas uma superposição de posições, que redundam em uma decisão, eventualmente com a concordância sobre os fundamentos, mas não necessariamente.¹⁴

É evidente que esta realidade institucional — o sistema de votos individuais apresentados prontos ao colegiado e a subsequente incorporação de tudo o que é dito ao longo da sessão de julgamento no acórdão de inteiro teor — possibilitaria, em princípio e em tese, um maior controle da produção da decisão, eis que tudo fica registrado no texto final. O primeiro paradoxo aparece, aqui, na constatação de que este mecanismo de publicização extrema das razões de decidir de todos e de cada um dos julgadores envolvidos na decisão, acarreta exatamente a dificuldade de se compreender quais foram as razões de decidir.

O passo seguinte à decisão tomada em plenário e que corresponde à sua transformação em uma ementa que sintetiza a decisão tomada pelo colegiado, por seu turno, não necessariamente obedece à razoável pressuposição de que deve representar uma síntese de todos os posicionamentos definidores da decisão. Realizada normalmente pelo relator ou pelo julgador que liderou a maioria, não raramente representa apenas os fundamentos da sua opinião e não incorpora de modo compreensível e visível o exposto

pelos demais que, não tão raramente, concordam quanto à decisão mas não quanto aos seus fundamentos.

É bastante evidente que uma reconstrução dos fundamentos de qualquer decisão judicial é uma tarefa a ser realizada *a posteriori* e de modo externo, ou seja, pelo intérprete. Em nenhum tribunal há uma clara identificação de quais são as *ratio decidendi* pelos próprios julgadores. É preocupante, no entanto, que a dificuldade seja tal que a razoável concordância entre intérpretes capazes tecnicamente e bem preparados nem sempre possa ser alcançada e isso diga respeito às decisões de grande impacto no ordenamento jurídico brasileiro, como, por exemplo, a decisão que reconheceu a união homoafetiva. Não se trata, como é intuitivo, de uma decisão corriqueira e nela fica clara a relevância da função judicial, sobretudo porque a sua assunção implicou uma interpretação bastante afastada da literalidade do texto constitucional¹⁵.

A soma desses fatores acarreta um diagnóstico bastante assustador cujo resumo poderia ser o seguinte: sabe-se dizer qual foi a decisão tomada, mas não necessariamente se consegue compreender quais as suas razões e, por vezes, qual o seu alcance¹⁶. Se considerarmos, como sói acontecer nos ordenamentos jurídicos contemporâneos, que a jurisprudência orienta ou vincula as decisões posteriores, seria razoável supor que o cuidado com a explicitação das razões fosse cada vez maior, eis que cresce significativamente o papel do Poder Judiciário como um verdadeiro regulador das condutas sociais, como se apontava no início desta reflexão.

Um outro ponto importante que se depreende na análise referida é a do uso da doutrina como apoio para a construção das decisões. Observa-se que há um uso abundante de referências a autores, nacionais e estrangeiros, frequentemente com um evidente caráter de apelo à autoridade, pois as citações ou menções feitas não são adequadamente discutidas e inseridas no contexto discursivo da decisão. Deve-se esclarecer que a adequada menção a conceitos teóricos pode ser até desejável e auxiliar na compreensão das razões pelas quais uma decisão foi tomada. Discutível, no entanto, é a enumeração sucessiva de autores cuja congruência é de difícil percepção. Um exemplo sintomático disso é o voto do relator na decisão que reconheceu a união homoafetiva, no qual, em 32 páginas, citam-se 14 autores distintos, que vão de Hans Kelsen a Carl Jung, passando por Chico Xavier e Caetano Veloso, Jean-Paul Sartre, Hegel e Nietzsche. O segundo voto dessa mesma decisão, em 11 páginas, cita 13 autores. O ministro que o exara afirma, ademais, que uma sentença é e deve ser “aquilo que o juiz sentiu, o sentimento do juízo” e em seguida faz, como expressamente afirma, uma “digressão” de cerca de 9 páginas para, ao final, assumir integralmente o voto do relator. Tal abundância de citações parece poder ser explicada como uma tentativa de construção de uma imagem de erudição para o prolator do voto, mais do que, como seria de se esperar num caso desta complexidade e envergadura, uma argumentação voltada ao entendimento de um espectador que precise ser convencido da correção das razões pelas quais a decisão está sendo tomada.

A análise das decisões nos permite verificar, ainda, que há pouco cuidado na aplicação da jurisprudência como um precedente que sirva

à fundamentação da nova decisão tomada. Assim, nem sempre a posição anteriormente tomada pelo colegiado é mantida e por vezes não há nenhuma discussão mais cuidadosa das razões pelas quais a corte em questão muda o seu posicionamento. Em sentido similar, mas na direção oposta, os nossos julgadores parecem pensar que se há uma concordância com a linha jurisprudencial já firmada, o argumento definitivo é simplesmente referir-se à decisão anterior, sem argumentar sobre a sua pertinência ao novo caso, limitando-se a invocar a decisão sem apresentar nenhum tipo de explicitação de suas razões. Em síntese, parece possível afirmar que também aqui encontramos uma dificuldade razoável para compreender de que modo a jurisprudência funciona como um elemento de controle da racionalidade das decisões no contexto de uma afirmação do Poder Judiciário enquanto um importante foco de construção de direitos.

Nesse sentido, pareceu-nos extremamente grave e sintomática a posição do STJ observada por ocasião da análise¹⁷ que fizemos de suas decisões sobre a aplicação da medida de segurança com fundamento na periculosidade do agente¹⁸.

Nesta matéria, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal consolidou-se no sentido de que a duração máxima das medidas de segurança é trinta anos. No Superior Tribunal de Justiça, no entanto, existiam até recentemente três orientações diferentes sobre esse assunto: (i) não há limite máximo de duração das medidas de segurança, cuja extinção é condicionada à cessação da periculosidade; (ii) esse limite é determinado pelo máximo da pena abstratamente cominada para a infração penal cometida; (iii) a duração das medidas de segurança atém-se ao máximo de trinta anos.

A pesquisa mencionada mostrou que a maior parte dos julgados foi realizada por uma mesma Turma e, portanto, a mesma questão foi decidida por uma composição razoavelmente estável de decisores¹⁹. Apesar disso, constata-se que não se tem promovido qualquer alteração jurisprudencial institucionalmente por meio de debates nos órgãos colegiados, mas por meio da mudança do entendimento individual de cada Ministro²⁰.

Como é facilmente perceptível, as orientações encontradas no STJ são incompatíveis entre si e é particularmente grave perceber que todos os acórdãos do STJ analisados no estudo mencionado foram aprovados por unanimidade dos Ministros que compõem os órgãos fracionários do tribunal.

Esta análise merece algum detalhamento porque pode servir como um bom ponto de observação para o problema que estamos examinando. Realizada a verificação da estrutura argumentativa de cada um dos acórdãos selecionados, constatou-se a predominância dos argumentos de tipo dedutivo e da justificação interna²¹ das decisões. Além da aprovação por unanimidade dos magistrados que compõem os órgãos colegiados, os acórdãos não contém em si discussões sobre o ponto em que discordam, ou seja, a discordância não é tematizada no momento da tomada de decisão.

Aparentemente, portanto, nossos julgadores do STJ compreendem esses casos como “casos fáceis”²² nos quais não há que se justificar as premissas utilizadas de modo mais amplo, bastando mencioná-las e “aplicar a norma ao caso concreto”. Mais do que isso, se há distintas orientações jurisprudenciais e os julgamentos são todos por unanimidade, parece razoável

supor que os ministros seguem sempre o voto do relator, sem discutir o teor de suas posições, concebendo a sua tarefa como uma adesão à opinião expressa pelo colega.

Os problemas argumentativos encontrados nas decisões sobre essa matéria não terminam, no entanto aí. Alguns problemas argumentativos específicos foram identificados e discutidos em texto resultante da pesquisa²³. Resumidamente e para fins de ilustração, observa-se, quanto à relação entre direito e psiquiatria nas decisões judiciais analisadas, que o silêncio dos tribunais sobre o problema da periculosidade pode ser interpretado como um déficit argumentativo, pois a própria noção de “periculosidade” mereceria alguma fundamentação para que a sua aplicação fizesse sentido no contexto de um ordenamento jurídico que protege a liberdade individual e a dignidade da pessoa humana.

Como esses problemas argumentativos podem claramente demonstrar, é chocante constatar que a liberdade e a vida dos submetidos ao controle do sistema penal são tratados sem nenhum cuidado argumentativo e os casos julgados, simplesmente assumidos como “casos fáceis”, sem qualquer tipo de justificação externa que racionalmente permita discutir a qualidade das premissas utilizadas. O azar ou a sorte, entendidos em seu sentido mais amplo possível, desempenharão um papel relevante na decisão do destino do jurisdicionado: a depender do relator de seu pedido de *habeas corpus*, sua medida de segurança terá uma duração de 30 anos, de alguns anos ou durará até que a periculosidade cesse. Como a definição de periculosidade assumida nos laudos médicos é absolutamente ampla e genérica²⁴, novamente a sorte ou o azar incidirão na constatação deste requisito da aplicação da medida de segurança.

Aparentemente estamos diante da situação exatamente contrária ao que verificamos no acórdão do julgamento da Lei de Anistia e da União Homoafetiva: ao invés de textos extensíssimos, com um excesso de razões sendo esgrimidas, autores sendo citados e decisões anteriores mencionadas (ainda que sem o devido acabamento argumentativo) há aqui um silêncio eloquente que permite ao tribunal evitar o debate entre as posições, assumindo como “natural” que cada um dos julgadores tenha a sua opinião a respeito do tema, mas também que não é necessário que um acordo seja produzido. O “acordo”, aqui, é “cada um respeitar a opinião do outro”, de modo a possibilitar as decisões por unanimidade.

Realizada a análise das características das decisões, passemos às reflexões sobre esta prática argumentativa.

3. DE MUITAS RAZÕES À RAZÃO NENHUMA: O PARADOXO DA ARGUMENTAÇÃO JUDICIAL DOS TRIBUNAIS BRASILEIROS

Como se constatou no item anterior deste texto, aparentemente os tribunais superiores brasileiros, especialmente o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, argumentam de modo diferenciado segundo o caso seja “fácil” ou “difícil”. Naqueles considerados casos “fáceis” não há uma argumentação explicitada e os decisores limitam-se a invocar normas

legais e precedentes jurisprudenciais, dando por pressuposta a correção de sua aplicação ao caso que está sendo julgado. Naqueles considerados “difíceis”, ao contrário, há uma grande exposição de elementos e razões expostos para a fundamentação da decisão.

Paradoxalmente, no entanto, como vimos no caso das medidas de segurança, não há uma argumentação detalhada e abrangente, justificadora das premissas normativas e fática, em casos nos quais há inclusive divergência dentre os julgadores. Aqui, por mais que queiramos, parece forçada a qualificação do caso como “fácil”. Neste caso, ao que tudo indica, seria necessário enfrentar a controvérsia para que dela se tirasse algo mais do que uma posição simplesmente derivada de autoridade e, diante da ausência de uma autoridade superior claramente identificada, da prevalência numérica de uma posição majoritária. Dito de outro modo: ainda que tenhamos uma posição cética sobre a racionalidade das decisões judiciais, parece bastante óbvio que enfrentar a divergência é uma conduta desejável como guia para os casos futuros. Não fazê-lo é dar pouca importância ao dever de fundamentação das decisões judiciais, é sinalizar que o tribunal decide deste modo porque aquele conjunto de pessoas, circunstancialmente escolhidas e decidindo, assim o quis.

De outra parte, se voltamos o olhar para um caso como o do reconhecimento da união homoafetiva, parece evidente que a extensa argumentação do acórdão e a profusão de doutrinadores, nacionais e estrangeiros, citações de legislação e de jurisprudência estrangeiras, floreios retóricos e arroubos poéticos não servem ao razoável propósito de esclarecer aos jurisdicionados por que o tribunal, apesar de o texto constitucional mencionar união estável entre o homem e a mulher, achou possível reconhecer a união de casais homoafetivos. Ao invés da escassez de argumentos, a outra metade do paradoxo mencionado aparece aqui como um paroxismo de razões. São tantas as razões que ao final já não somos capazes de resumilas em um conjunto coerente e devemos fazer um esforço interpretativo hercúleo para dizer que, ao fim e ao cabo, a decisão foi tomada invocando-se, por exemplo, a dignidade da pessoa humana, a liberdade ou a igualdade. O resultado final, apesar da aparente abundância de fundamentação, parece ser o mesmo: sabemos o que o tribunal decidiu, mas temos sérias dificuldades em mostrar como se fundamenta a decisão e, mais do que isso, que consequências ela acarreta para outros casos futuros.

A ilustração que ambos os casos podem nos dar aponta para uma imagem da função judicial nos tribunais superiores que aposta nos aspectos autoritativos da função, pelos quais o julgador se sente autorizado a expressar, em suas decisões, mais a sua opinião (e os seus autores preferidos, sejam eles juristas ou não) do que esclarecer, de modo claro e compreensível, as razões de sua decisão. Dados os constrangimentos institucionais que já discutimos no item anterior, o formato da decisão revela mais do que seria de se supor à primeira vista: um somatório de opiniões e posições sobre o que a legislação ou a constituição querem dizer. O julgador é, aqui, alguém escolhido pela sua erudição e pela sua capacidade técnica, que deve, a cada momento enfatizar estas características e demonstrar a sua individualidade.

Poder-se-ia resumir esta primeira parte da análise apontando para um baixo comprometimento institucional e um excessivo apego à construção de uma imagem pública do julgador, possivelmente ampliada pela sua constante exposição midiática, especialmente nos “grandes” casos, acompanhados e discutidos pela imprensa e em alguma medida pelo público, por intermédio de sessões televisionadas. Se a superexposição midiática pode funcionar como uma explicação para essa exacerbação do indivíduo diante da instituição — do ministro diante do tribunal — é de se ressaltar uma vez mais que não é apenas nos “grandes” casos que isso acontece. Seria fácil, parece-nos, culpar a TV Justiça ou a mídia e o seu interesse pelos “grandes” casos, pelas características apontadas. Pelo contrário, como discutimos acima, a análise feita das decisões sobre a aplicação da medida de segurança, casos nada midiáticos ou merecedores da atenção dos próprios juristas, parece confirmar que cada um dos ministros do STJ vota “de acordo com a sua consciência” e assim produz uma situação de incoerência jurisprudencial absolutamente chocante. Resta ao recorrente esperar que o seu pedido venha examinado pelo relator cuja posição seja a menos gravosa para o seu pedido. Significa dizer, ademais, que aparentemente as razões de recurso apresentadas pelos advogados, numa tentativa de convencimento racional, pouco efeito produzem.

Certamente poderíamos encontrar inúmeros condicionamentos práticos e institucionais que sirvam de explicação a essa realidade. Ao invés de culparmos a TV Justiça e a mídia poderíamos dizer que o modo pelo qual são selecionados os ocupantes dos cargos do primeiro escalão do Judiciário é que representa o grande nó górdio a ser desfeito. Poderíamos discutir o sistema processual e a sua abundância de oportunidades para que um caso seja levado ao STF ou ao STJ. Talvez devêssemos incluir nesse rol um anátoma à Constituição Federal e seu extenso rol de direitos.

É verdade também que citar doutrina não é um mal em si mesmo, tampouco o é fazer um discurso fortemente ancorado em artifícios retóricos voltados à produção da emoção²⁵. É um fato, contudo, que decisões demasiado longas, pouco compreensíveis, nas quais a doutrina é utilizada como apelo à autoridade e como demonstração de erudição, pouco contribuem para a construção de um Judiciário à altura dos textos normativos, inclusive constitucionais, que afirmam a obrigatoriedade de fundamentação das decisões como mecanismo de controle da atividade judicial em um Estado de Direito.

De algum modo, parece-nos que a explicação não deve ser buscada em um destes elementos isoladamente, mas em uma conjugação deles. Articulados, esses elementos apontam para uma constatação necessária se queremos entender, de fato, que uma forma de argumentar não nasce de opções pessoais de qualquer ministro mas também não deixa de ser influenciada pelo tipo de ministro que temos.

Refletindo sobre o que acabamos de mencionar, pode-se dizer que essa forma de redigir uma decisão judicial não é uma casualidade ou a mera expressão de idiosincrasias individuais dos ministros. Creio que, em maior ou menor medida, segundo os perfis individuais, ela revela uma arraigada convicção de que a função judicial, especialmente nos tribunais superiores,

é aquela de expressar as opiniões e até mesmo as preferências valorativas dos ministros, servindo à construção de sua imagem pública mais do que ao esclarecimento das razões de decidir. Por detrás dela, é razoável supor que há uma concepção do Direito que privilegia os aspectos autoritativos aos normativos. De modo direto, parece-nos que os ministros expressam nas sentenças aquilo que acreditam seja o Direito de seu ponto de vista e fundamentam as suas decisões muito mais em razão de sua preferência do que levados por um compromisso com os textos normativos. Temos, portanto, uma visão personalista da função judicial e uma concepção de Direito que aposta na autoridade da decisão mais do que na sua correção.

Se essa constatação se impõe, devemos, para avançar em nossa reflexão, procurar compreender agora que papel desempenha uma constante invocação, aqui e acolá nas decisões, de padrões teóricos que requerem um outro tipo de atitude judicial. Se acreditarmos no que dizem muitas das decisões dos nossos tribunais eles estão, nada mais, nada menos, do que aplicando o bom *standard* da teoria do Direito pós-positivista, esgrimindo com suposta maestria textos de Dworkin e a célebre fórmula da ponderação de Alexy para garantir direitos e ampliar as condições de proteção da cidadania. Atuam a partir de uma condição de legitimação argumentativa para afastar a posição do legislador infraconstitucional, por exemplo, invocando a capacidade racional de um tribunal para funcionar como um mecanismo de proteção contramajoritário ou a noção de representação argumentativa²⁶. Aparentemente, portanto, esses autores e suas concepções do Direito estão por detrás da forma como pensam e argumentam nossos julgadores.

Sem entrar aqui em uma complexa discussão sobre a recepção desses autores no Brasil ou sobre o que é e o que poderia ser uma teoria do direito pós-positivista, me parece possível afirmar que há um visível descompasso entre a postura adotada e as responsabilidades que ambos os autores reconhecem e recomendam à função judicial. Fossem genuinamente dworkinianos ou alexyanos, muito maior cuidado argumentativo, de reconstrução de precedentes e de apresentação clara das razões de decidir teria de ser tomado. De algum modo, portanto, a cúpula de nosso Judiciário lê e usa desses autores aquilo que lhe convém e somente aquilo que lhe convém...

Evidentemente não se espera e nem se deseja de um tribunal, sobretudo de um tribunal constitucional, fidelidade a um autor ou a uma escola e o argumento não vai nessa direção. O apontamento importante, aqui, é o de que talvez estejamos diante de mais do que um olhar superficial possa relevar. Talvez possamos dizer que por debaixo dessa forma de raciocínio e de sua expressão nas decisões há um conjunto de razões mais complexas, vinculadas à repartição do poder e ao seu uso no contexto do Estado brasileiro e manejadas a partir de um discurso que, ao mesmo tempo em que sugere o respeito aos parâmetros do Estado de Direito, manipula os conceitos de modo a permitir um fortalecimento do Judiciário no confronto com outros poderes. Paradoxalmente, portanto, uma teoria do direito e dentro dela, uma teoria da argumentação com fortes pretensões racionalistas, são usadas a favor de um exercício de poder que não combina com a idéia de afirmação de direitos, construção da cidadania ou Estado de Direito.

Esse cenário, no qual, como vimos, teorias são manejadas e uma forma argumentativa é concebida e vem diuturnamente utilizada parecem remeter à formação histórica de uma cultura jurídica com fortes elementos retóricos e personalistas, cujas raízes seria interessante inventariar. Talvez o olhar da história das instituições e da história do pensamento jurídico brasileiro possa nos auxiliar a compreender esse curioso paradoxo por intermédio do qual a cidadania brasileira vê direitos serem atribuídos, reconstruídos e ressignificados por meio de decisões cujo controle é, senão impossível, de difícil alcance.

Um outro aspecto bastante interessante a ser verificado em continuidade à investigação já realizada é o do papel efetivo do uso de decisões judiciais de tribunais estrangeiros, assim como a de autores estrangeiros. Como constatamos, há uma grande profusão de referências, cujo caráter, à primeira vista, parece ser o de reforço retórico, como apelo à autoridade. Necessária, no entanto, uma verificação mais cuidadosa para avaliar se estamos diante de uma circulação de modelos jurídicos, com a incorporação de conceitos, procedimentos e práticas argumentativas, ou se realmente se trata de uma invocação puramente retórica.

>> 4. NOTAS

- ¹ Adota-se aqui a perspectiva resumida por Manuel Atienza em seu recente “Curso de Argumentación Jurídica”, no qual o autor, a partir de uma reconstrução das contribuições de Raz e Summers (dentre outros autores) classifica as razões para a justificação de uma decisão em razões materiais (que versam sobre o conteúdo mesmo da ação justificada, sua qualidade valorativa), razões formais ou autoritativas (como as decorrentes da afirmação de que decorrem de uma ordem dada por uma autoridade reconhecida pelo sistema) e as razões institucionais (aquelas que decorrem da divisão de competências ou de poderes entre diversos órgãos e que servem a justificar porque um curso de ação, embora desejável, pode não ser de competência de quem decide). Veja-se, especialmente o capítulo IV — La concepción material: premisas e razones. ATIENZA, 2013, p. 275-287.
- ² TOULMIN, 2006, passim.
- ³ MACCORMICK, 2008, .
- ⁴ ROESLER; SENRA, 2012.
- ⁵ ROESLER; LAGE, 2013.
- ⁶ Cfe. MOREIRA, 2012.
- ⁷ ROESLER; SENRA, 2013.
- ⁸ CHAIM, 2013.
- ⁹ Para os detalhes da análise, veja-se ROESLER; SANTOS, 2014.
- ¹⁰ BRASIL. 2011. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 4277. Inteiro Teor do Acórdão. Relator: Min. Ayres Britto. Consulta em 05/04/2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=400547&tipo=TP&descricao=ADI%2F4277>>.
- ¹¹ BRASIL. 2010. Supremo Tribunal Federal. **Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental no. 153**. Inteiro Teor do Acórdão. Relator: Min. Eros Grau. Consulta em 03/08/2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612960>>.
- ¹² BRASIL. 2012. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº. 1.111.566/DF. Inteiro Teor do Acórdão. Relator: Min. Marco Aurélio Bellize. Acesso em 08/07/2013. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/processo/jsp/revista/abreDocumento.jsp?componente=ITA&sequencial=1114564&num_registro=200900250862&data=20120904&formato=PDF>.
- ¹³ A título de exemplo pode-se citar o voto do Ministro Gilmar Mendes no acórdão da ADI 4277, no qual se percebe que o Ministro inicia fazendo uma série de considerações e de referências conceituais mais ou menos livres e posteriormente as repete de modo mais sistemático e organizado no texto da parte final de seu voto. Presume-se que a primeira parte foi produzida em plenário e a segunda já havia sido redigida quando do estudo do processo judicial em gabinete. BRASIL. 2011. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 4277**. Inteiro Teor do Acórdão. Relator: Min. Ayres Britto. Consulta em 05/04/2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=400547&tipo=TP&descricao=ADI%2F4277>>. Veja-se especialmente as páginas 728-751, nas quais o Ministro expõe em linhas gerais a sua opinião e cita diversos autores (Perelman, Haberle, Alexy) e posteriormente o voto recomeça, a partir da página 752, prosseguindo até a 806 e novamente citando os mesmos trechos, dos mesmo autores, na mesma linha de raciocínio já exposta nas páginas anteriores.
- ¹⁴ Em alguns casos decididos pelos tribunais superiores usa-se a expressão “voto médio” para significar a posição alcançada após um debate no colegiado. Nestas ocasiões escolhe-se um dos ministros da posição majoritária para redigir o voto e ele deve fazer uma síntese do acordo realizado em plenário. Um exemplo desse tipo de decisão e do seu registro em um acórdão pode ser encontrada na ADI 3105, julgada pelo STF em 2004.

¹⁵ O texto constitucional tem a seguinte redação:

“Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

(...)

§ 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.”

¹⁶ Um bom exemplo desta realidade pode ser a decisão da união homoafetiva, acima referenciada, sobre a qual pairam dúvidas se teria também autorizado a adoção por casais homoafetivos e que certamente terá de ser precisada pelo STF em um futuro próximo.

¹⁷ ROESLER; LAGE, 2013.

¹⁸ Realizou-se o levantamento e a análise de todos os acórdãos relativos ao assunto proferidos pelo Supremo Tribunal Federal (STF) e pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) que atendiam aos critérios escolhidos. A pesquisa jurisprudencial foi realizada nos sites dos respectivos tribunais, utilizando-se as palavras-chave “periculosidade” e “inimputabilidade” ou “semi-imputabilidade”. Foi empregado um caractere que substitui parte das palavras, de modo que, em uma única pesquisa, pudessem ser encontrados resultados que utilizassem as palavras “inimputabilidade” ou “inimputável”. Além disso, adotou-se como critério de delimitação temporal a partir do dia 13 de julho de 1984, data em que foram publicadas a Lei 7.209, que reformou a Parte Geral do Código Penal, e a Lei 7.210 (Lei das Execuções Penais), as quais compõem o núcleo da atual disciplina legal sobre inimputabilidade e medidas de segurança, até o dia 15 de junho de 2012, data em que foi publicado o acórdão mais recente do STJ no momento da pesquisa jurisprudencial. Ao todo foram examinados catorze acórdãos do Supremo Tribunal Federal e 51 do Superior Tribunal de Justiça.

¹⁹ No âmbito da pesquisa realizada, apenas o HC 142.672/RS, julgado em 10 de abril de 2010, o HC 70.497/SP, julgado em 12 de novembro de 2007, e o HC 27.993/SP, julgado em 09 de dezembro de 2003, foram distribuídos à Sexta Turma. Todas as demais decisões foram proferidas pela Quinta Turma.

²⁰ Levando em conta apenas a composição atual da Quinta e da Sexta Turma do STJ e os acórdãos incluídos nos critérios da pesquisa, os Ministros Jorge Mussi e Gilson Dipp afiliam-se à primeira orientação (inexistência de limite temporal). A Ministra Laurita Vaz, até fevereiro de 2008, também endossou essa opinião, mas em dois casos posteriores a setembro de 2009 seguiu a jurisprudência do STF. Igualmente, o Ministro Arnaldo Esteves Lima, que fazia parte da Quinta Turma e hoje preside a Primeira Turma (a qual não tem competência em matéria penal), parece ter mudado de posição: em um caso julgado em novembro de 2008, ele manifestou-se a favor da indeterminação da duração máxima das medidas de segurança, porém em dois outros julgados após outubro de 2009, entendeu que o limite deveria ser o máximo da pena cominada para a infração penal. Em seu voto no REsp 1.103.071/RS, o Min. Arnaldo Esteves Lima noticia que a Min. Maria Thereza de Assis Moura, da Sexta Turma, também adota essa posição.

²¹ Denomina-se justificação interna aquela que correlaciona as premissas normativas e fáticas da decisão, dadas como assentadas, produzindo a conclusão que se expressa, posteriormente, na decisão propriamente dita. Opõe-se à justificação externa que é qualificada como aquela que versa sobre o estabelecimento de ambas ou de uma das premissas — normativa e fática — e requer o uso de uma variedade de técnicas argumentativas. Veja-se ATIENZA, 2002, p. 50-51.

²² São considerados “casos fáceis” neste contexto aqueles que não requerem justificação externa das premissas de decisão e teriam, portanto, um decurso argumentativo simplificado, no qual bastaria mencionar a premissa normativa, a premissa fática e de sua relação retirar a conclusão. A classificação de um caso como “fácil” ou “difícil” é, portanto, uma decisão operada previamente pelo intérprete/decisor que se move em um contexto argumentativo dado

e conformado pelas normas jurídicas constitucionais, legais e jurisprudenciais. Os casos, portanto, não são “fáceis” ou “difíceis” mas devem ser enquadrados como tais em uma tradição argumentativa e em um dado momento desta.

²³ ROESLER; LAGE, 2013.

²⁴ Use-se como exemplo os indicadores de periculosidade adotados pelo Instituto Médico-Legal (IML) do Distrito Federal: “– Quanto à curva vital: inconstância no trabalho, integração com grupos sem atividades construtivas, existência de criminalidade precoce, número elevado de incidentes jurídicos e policiais, reincidência rápida, início precoce da doença. – Quanto à morfologia do crime: crime praticado com agravantes legais, crime sem motivo psicológico explicável, crimes com multiplicidade de golpes, crimes praticados com frieza de sentimentos, crimes praticados contra pessoas indefesas. – Quanto a intercorrências psiquiátricas: agitação psicomotora, surtos e episódios psicóticos, crimes de irascibilidade, necessidade de altas dosagens de fármacos. – Quanto ao exame psíquico atual: humor explosivo, falta de crítica ao ato delituoso que praticou, falta de planos para o futuro, alucinações, delírios, falta de remorso, falta de sentimentos superiores, egocentração dos sentimentos. É importante também que seja avaliada a ligação do examinando com a família e o desejo e o interesse de conviver com a mesma.” *Apud* BRAVO, 2004, p. 129.

²⁵ Uma provocação histórica, feita por José Murilo de Carvalho poderia ser útil aqui: a nossa “retoriquice” não começou com a Constituição de 1988, com a maior disseminação do conhecimento da legislação, da doutrina e da jurisprudência estrangeiras ou com a existência da TV Justiça. Veja-se, a respeito, o texto: “De qualquer modo, este traço do estilo, ou da retórica portuguesa, transferiu-se para o Brasil e talvez ainda esteja presente até hoje. Trocando-se os poetas Marcial e Juvenal por outros nomes, a observação de Verney continuaria válida. O que se sugere aqui é que o fenômeno onipresente da citação de autores estrangeiros, e da concomitante importação de idéias, não seja visto apenas como indicador de dependência intelectual, nem como colocação correta ou incorreta de idéias. Sugere-se que uma chave útil de leitura pode ser dada pelo estilo de raciocínio. Dentro da tradição brasileira, o argumento de autoridade era um requisito indispensável, era um recurso de argumentação, uma retórica. Em princípio, portanto, a citação de um autor estrangeiro não significava necessariamente adesão a suas idéias, embora pudesse significar.” CARVALHO, 2000, p. 143.

²⁶ Apenas para ficar no horizonte das decisões que já discutimos, veja-se a seguinte passagem do voto do Ministro Gilmar Mendes na ADI 4277: “Volto a citar uma passagem já citada por mim quando discutimos o caso das células-tronco, uma passagem, a meu ver, muito expressiva do jusfilósofo e constitucionalista Robert Alexy, quando diz que o parlamento representa o cidadão politicamente, o Tribunal Constitucional o representa argumentativamente”. BRASIL. 2011. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 4277**. Inteiro Teor do Acórdão. Relator: Min. Ayres Britto. Consulta em 05/04/2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=400547&tipo=TP&descricao=ADI%2F4277>, p. 749>.

>> 5. REFERÊNCIAS

- STF, ADFP 153, julg. 29/4/2010, DJe 6/8/2010.
- STF, ADI 4277, julg. 4 e 5/5/2011, DJe 13/10/2011.
- STJ, REsp 1.111.566/DF, julg. 9/11/2010, DJe 17/11/2010.
- ATIENZA, Manuel (2002).** *As Razões do Direito: Teorias da Argumentação Jurídica*. São Paulo: Landy, 2002.
- BRAVO, Omar Alejandro.** *As prisões da loucura, a loucura das prisões: a (des)construção institucional do preso psiquiátrico*. Tese (Doutorado em Psicologia). Instituto de Psicologia, Universidade de Brasília, Brasília, 2004. 221 p.
- CARVALHO, José Murilo de (2000).** “História Intelectual no Brasil: a Retórica como Chave de Leitura”, *Topoi* jan-dez 2000 (Rio de Janeiro: Topoi), 123-152.
- CHAIM, Caio C.** *A Relação entre Legislativo e Judiciário na dinâmica democrática: Análise do caso da Lei Seca sob o viés argumentativo-principiológico*. Relatório de Pesquisa de Iniciação Científica 2012-2013. Programa de Iniciação Científica CNPq/UnB.
- MACCORMICK, Neil (2008).** *Retórica e o estado de direito*. Rio de Janeiro: Elsevier.
- MOREIRA, Larissa Learth.** *Análise do Julgamento do caso Ficha Limpa sob o viés Argumentativo e Principiológico*. Relatório de Pesquisa de Iniciação Científica 2011-2012. Programa de Iniciação Científica CNPq/UnB.
- ROESLER, Claudia R.; SENRA, Laura Carneiro de Mello**
(2012). “Lei de Anistia e Justiça de Transição: a releitura da ADFP 153 sob o viés argumentativo-principiológico”, *Sequência*, vol. 64, 131-160.
(2013). Gênero e Justiça de Transição no Brasil. *Revista Jurídica da Presidência*, (15) (105).
- ROESLER, Claudia R.; LAGE, Leonardo (2013).** “A argumentação do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça acerca da periculosidade de agentes inimputáveis e semi-imputáveis”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, (21) 104, 347-389.
- ROESLER, Claudia R.; SANTOS, Paulo Alves (2014).** Argumentação jurídica utilizada pelos tribunais brasileiros ao tratar das uniões homoafetivas. *Revista Direito GV*, 10 (2), 615-638.
- TOULMIN, Stephen E. (2006).** *Os usos do argumento*, São Paulo: Martins Fontes.

**O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
PRECISA DE IOLAU: RESPOSTA ÀS
OBJEÇÕES DE MARCELO NEVES AO
SOPESAMENTO E À OTIMIZAÇÃO**
// THE BRAZILIAN SUPREME COURT
NEEDS IOLAUS: A REPLY TO MARCELO
NEVES' OBJECTIONS TO
BALANCING AND OPTIMIZATION

VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA

>> RESUMO // ABSTRACT

Talvez não exista, no direito constitucional brasileiro atual, um debate que tenha gerado uma produção tão intensa quanto aquele sobre princípios constitucionais. Muito dessa produção, contudo, é mera reprodução do que já foi escrito antes. O recente livro de Marcelo Neves, *Entre Hidra e Hércules*, é com certeza uma exceção nesse cenário. Ele traz novas luzes ao debate e propõe mudanças de rumos. Neste breve artigo, pretendo defender minhas ideias em face das objeções que o autor suscita, para mostrar que ele, de um lado, não tem razão nessas objeções e, de outro, não oferece de fato uma alternativa àquilo que ele chama de "modelos ainda dominantes". // In current Brazilian constitutional debate there may be no subject that has generated so many publications as that of constitutional principles. Many of these publications, however, are a mere repetition of what has been written before. The publication of Marcelo Neves' book "Entre Hídra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico" is certainly an exception in this scenario. Marcelo Neves' book brings new light to the debate and proposes a change of course. In this short article, I intend to defend my views against the objections Neves raises in his book in order to show that, on the one hand, his objections are unsound and on the other, that he does not in fact offer an alternative to what he calls "still dominant models".

>> PALAVRAS-CHAVE // KEYWORDS

Marcelo Neves; Princípios Jurídicos; Regras Jurídicas; Direito Constitucional; Supremo Tribunal Federal. // Marcelo Neves; Legal Principles; Legal Rules; Constitutional Law; Brazilian Supreme Court.

>> SOBRE O AUTOR // ABOUT THE AUTHOR

Professor Titular de Direito Constitucional da Universidade de São Paulo (USP) // Full Professor of Constitutional Law of the University of São Paulo (USP)

>> SOBRE ESTE ARTIGO // ABOUT THIS ARTICLE

Agradeço a Conrado Hübner Mendes, Josecleyton Geraldo da Silva, Rafael Bellem de Lima e Fernando Leal pela leitura crítica das versões preliminares deste texto. Artigo traduzido para o inglês por Teo Pastor e revisto pelo autor. // Article translated to English by Teo Pastor and reviewed by the author.

INTRODUÇÃO

Talvez não exista, no direito constitucional brasileiro atual, um debate que tenha gerado uma produção tão intensa quanto aquele sobre princípios constitucionais. Muito dessa produção, contudo, é mera reprodução do que já foi escrito antes. A publicação do livro de Marcelo Neves, *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico*, é com certeza uma exceção nesse cenário. E, dada a trajetória acadêmica do autor, não há nenhuma surpresa nesse fato.

O livro de Marcelo Neves traz novas luzes ao debate e propõe mudanças de rumos. Embora eu concorde com algumas das teses defendidas pelo autor, nossas visões sobre a questão são, em parte, incompatíveis. Neste breve artigo, pretendo defender minhas ideias em face das objeções que o autor suscita em seu livro para mostrar que Marcelo Neves, de um lado, não tem razão nessas objeções e, de outro, não oferece de fato uma alternativa àquilo que ele chama de “modelos ainda dominantes”.

Para tanto, este artigo está estruturado da seguinte forma. De início, procuro responder a algumas das críticas que Marcelo Neves faz a trabalhos meus que não têm ligação direta com as ideias de princípios e sopesamento (tópico 1). A partir do segundo tópico, o artigo dedica-se exclusivamente ao debate sobre princípios. Começo com um comentário breve sobre a metáfora que dá título ao livro de Neves (tópico 2), depois analiso a estratégia do autor para rejeitar as formas tradicionais de distinção entre princípios e regras (tópico 3). Em seguida, discuto aquilo que Neves chama de formas híbridas (tópico 4), para, logo após, discutir o seu conceito de princípios e regras (tópico 5). A seguir, procuro analisar aquilo que Neves chama de colisão intraprincípios (tópico 6) para mostrar que esse é um fenômeno menos relevante do que ele supõe. Logo após, procuro mostrar que em vários momentos, Neves não distingue claramente que problemas são teóricos e quais são institucionais (tópico 7). Isso prepara terreno para o tópico seguinte, no qual discuto o “abuso de princípios”, para mostrar que há uma confusão entre supostos problemas teóricos e a aplicação prática das teorias analisadas (tópico 8). O tópico seguinte (tópico 9) é o mais longo e se ocupa da alternativa que Marcelo Neves propõe ao modelo da teoria dos princípios, especialmente à análise daquilo que ele denomina “ponderação comparativa”. Da mesma forma que ocorre no livro de Neves, a conclusão deste artigo (tópico 10) recorre ao juiz Iolau, para demonstrar que, a não ser talvez para juízes mitológicos, pode haver uma diferença (às vezes enorme) entre aquilo que uma teoria propõe e aquilo que juízes (e outros profissionais do direito) fazem quando afirmam que estão aplicando essa teoria. Procurarei mostrar, assim, que as críticas de Neves, ainda que possam ser procedentes em relação a uma determinada prática forense que recorre a princípios, não conseguem atingir a teoria em si.

1. ALGUMAS RESPOSTAS A CRÍTICAS ESPARSAS

Em inúmeras partes do livro de Marcelo Neves, meus trabalhos são usados como contraponto àquilo que ele pretende defender. Contudo, muitas das objeções levantadas não tem ligação direta com o objeto do livro de Neves. Ainda assim, não gostaria de deixar essas objeções sem respostas. É o que faço neste tópico inicial, antes de, no próximo tópico, entrar no verdadeiro debate sobre princípios constitucionais.

A primeira delas tem relação com a interpretação conforme a constituição. Em trabalho anterior, sobre princípios de interpretação constitucional e sincretismo metodológico, afirmei que é um fato curioso que a interpretação conforme a constituição seja incluída pela literatura jurídica brasileira dentre os chamados princípios de interpretação constitucional, “visto que é fácil perceber que, quando se fala em interpretação conforme a constituição, *não se está falando de interpretação constitucional*, pois não é a constituição que deve ser interpretada em conformidade com ela mesma, mas as *leis infraconstitucionais*. A interpretação conforme a constituição pode ter algum significado, então, como um critério para a *interpretação das leis*, mas não para a interpretação constitucional”.¹ De passagem, afirmo que a interpretação conforme à constituição não faz parte do rol de princípios de interpretação constitucional elaborado por Konrad Hesse, que costuma servir de base para os trabalhos brasileiros sobre o assunto.²

A objeção de Neves, baseada no texto de Hesse, apoia-se em dois argumentos: (1) quando se faz interpretação conforme à constituição não é só a lei que é interpretada, mas também a constituição; e (2) não houve recepção inadequada de Hesse no Brasil, já que ele incluía a interpretação conforme a constituição dentre os princípios de interpretação constitucional.³

Quanto ao primeiro ponto, a resposta à objeção está em outro trabalho meu, publicado no mesmo ano do trabalho citado por Neves, mas que não consta de sua bibliografia.⁴ Nesse trabalho, deixo claro que embora a interpretação conforme a constituição seja um método de interpretação da legislação infraconstitucional, é claro que o parâmetro para tanto é a constituição e que, “ao definir a constituição como parâmetro para se saber como a lei deve ser interpretada, não há como escapar de um mínimo de interpretação da própria constituição”.⁵ Mas, ainda assim, conclui: “na interpretação conforme a constituição o objetivo principal não é interpretar a própria constituição, mas as leis infraconstitucionais, razão pela qual ela não pode ser considerada um princípio de interpretação constitucional”. Minha conclusão, portanto, não decorre da suposição de que quando se faz interpretação conforme a constituição é apenas a lei que é interpretada. Óbvio que não. Minha conclusão decorre do fato de que, ao contrário do que ocorre com os outros princípios de interpretação constitucional, no caso da interpretação conforme a constituição o texto constitucional é um parâmetro para a interpretação das leis, não dela mesma. Logo, não se trata de um princípio de interpretação constitucional.

Quanto à recepção adequada ou inadequada de Hesse, embora essa questão me pareça menos relevante, é preciso reafirmar que Hesse não inclui

diretamente a interpretação conforme a constituição dentre os princípios de interpretação constitucional. O que ele faz é incluí-la de forma indireta, por meio da “interpretação da constituição conforme a lei”.⁶ Mas não me parece que a doutrina brasileira tinha isso em mente ao incluir a interpretação conforme a constituição no rol de princípios constitucionais.

Em seguida, Neves levanta objeções a alguns exemplos de sincretismo metodológico que aponto no trabalho mencionado acima. A principal delas está relacionada à incompatibilidade entre as teorias normativas de Alexy e Müller, especialmente no que diz respeito ao sopesamento. Segundo Neves, porque a norma jurídica, em Müller, surge apenas ao final do processo de concretização, ela seria naturalmente insuscetível de sopesamento, da mesma forma que ocorreria com a norma definitiva, construída após o sopesamento, em Alexy. Diante disso, ele conclui que não há nada de incompatível entre as duas teorias.⁷

Os argumentos não são convincentes. É o próprio Marcelo Neves que afirma que “para Müller, durante a concretização, a ponderação apresenta-se como um fator potencialmente irracional no processo de produção da norma jurídica”.⁸ Diante disso, se Müller defende que, durante o processo de concretização, o sopesamento seria um fator de irracionalidade e que, após a concretização, não há mais espaço para sopesamento, como isso pode ser compatível com uma teoria que, como faz a de Alexy, elege o sopesamento como figura central? A resposta a essa indagação simples e direta não é encontrada no livro de Neves.⁹

A última objeção à minha tese sobre o sincretismo metodológico é aquela que sustenta que a crítica que faço a diversos autores é aplicável também aos meus próprios trabalhos, ao menos “no que concerne ao local e ao universal”.¹⁰ Com isso, Marcelo Neves quer sugerir que, ao recepcionar a teoria dos princípios de Robert Alexy, eu faria aquilo que supostamente crítico, isto é, importar uma teoria desenvolvida para a realidade de um país e, sobretudo, uma teoria que não é unanimemente aceita, e tentar fazer crer que se trata de uma teoria universal. Para fundamentar essa objeção, Neves salienta que (1) Alexy não pretendia fazer uma teoria universal, mas uma teoria dos direitos fundamentais da constituição alemã; (2) que mesmo no caso da Alemanha, a jurisprudência que serviu de base para a reconstrução teórica de Alexy vem sendo paulatinamente superada; e (3) que essa jurisprudência não encontra correspondência em outros países com sólida tradição jurídica.¹¹

A resposta a esses argumentos é relativamente simples. No primeiro caso, é mais do que conhecido o alerta que Alexy faz, em sua *Teoria dos Direitos Fundamentais*, de que se trata de uma teoria dos direitos fundamentais da constituição alemã vigente:

“Uma teoria dos direitos fundamentais da constituição alemã é uma teoria acerca de determinados direitos fundamentais positivos vigentes. Isso a diferencia tanto de teorias sobre direitos fundamentais que tenham vigido no passado (teorias histórico-jurídicas), como de teorias sobre direitos fundamentais per se (teorias filosófico-jurídicas), como de teorias sobre direitos fundamentais que não os da constituição alemã,

*por exemplo, teorias sobre direitos fundamentais de outros países ou teorias sobre direitos fundamentais dos estados federados alemães”.*¹²

Esse aspecto local, contudo, não é capaz de controlar o alcance que a teoria pode ter para além dessa delimitação feita pelo autor. E é o próprio Alexy que salienta isso, quando afirma que “teorias de direitos fundamentais de outros países, no âmbito da interpretação comparada, podem desempenhar um significativo papel para a interpretação dos direitos fundamentais da constituição alemã”,¹³ o que implica, claro, que teorias de direitos fundamentais de outros países, como a sua teoria dos direitos fundamentais, podem, no âmbito da interpretação comparada, desempenhar um significativo papel para a interpretação dos direitos fundamentais da constituição brasileira ou de outras constituições.

Além disso, a objeção de Marcelo Neves parece supor que, quando afirmei não haver indícios de que Hesse tenha querido criar uma teoria geral da interpretação constitucional e que seu trabalho era sobre o direito constitucional alemão, eu pretendia sustentar que a delimitação da origem impediria uma recepção internacional. Mas seria ingenuidade supor isso e uma leitura atenta do meu texto confirmaria que meu argumento não era esse. De forma explícita, afirmei: “É claro que não é o simples fato de Hesse limitar o âmbito de sua obra ao direito alemão que impede que ela tenha importância na discussão sobre outros ordenamentos jurídicos”.¹⁴

Quando Neves afirma que a jurisprudência que serviu de base à reconstrução teórica de Alexy vem sendo abandonada, esse também não é um argumento relevante. Minha preferência por essa ou aquela teoria não tem relação com os tribunais que a adotam. Estou ciente de que a teoria dos direitos fundamentais de Alexy, especialmente a sua ideia de mandamentos de otimização, nunca teve grande aceitação na Alemanha. E estou ciente, também, de que a jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão que serviu de base para a teoria de Alexy também vem sendo colocada em xeque. Neves com certeza sabe disso, já que, para embasar sua informação, usa o mesmíssimo debate — entre Kahl e Hoffmann-Riem — que usei em obra anterior.¹⁵

Mas saber se essa ou aquela teoria é aceita ou não por esse ou aquele tribunal, nesse ou naquele país, nunca foi o cerne da minha crítica sobre o sincretismo metodológico. De forma bastante explícita, afirmei no já citado trabalho: “a pouca difusão que esse rol de princípios de interpretação alcançou em seu próprio país de origem não seria, em si, um problema, não fosse também a pouca importância prática que esses princípios têm para a interpretação constitucional”.¹⁶ Em outras palavras: o que importa não é a quantidade de pessoas ou instituições que adotam determinada teoria, mas o quão relevante ela é para a interpretação constitucional. O que questioneei, à época, foi a importação, muitas vezes diletante e retórica, sem qualquer preocupação com consistência, compatibilidade e aplicabilidade prática dessas teorias.

Feitas essas considerações sobre as objeções esparsas que Marcelo Neves faz a algumas de minhas ideias, sem relação específica com o objeto principal de seu livro, passo, a partir do tópico seguinte, a analisar mais especificamente o debate sobre princípios constitucionais.

2. A METÁFORA QUE DÁ TÍTULO AO LIVRO

Marcelo Neves inicia explicando a metáfora que dá título ao livro. A referência a Hércules está claramente associada à figura do juiz Hércules, proposta por Dworkin.¹⁷ Segundo a reconstrução de Neves, o juiz Hércules é “capaz de identificar os princípios adequados à solução do caso, possibilitando a única resposta correta ou, no mínimo, o melhor julgamento”. Com base nisso, Neves afirma que “pode-se dizer também que os princípios são hercúleos”.¹⁸ A partir daí, Neves propõe uma inversão: para ele, são as regras que são hercúleas, os princípios têm o caráter de Hidra.¹⁹ Isso porque, tanto quanto Hidra, uma figura mitológica com inúmeras cabeças, os princípios também teriam um caráter policéfalo, em razão de seu caráter plural, que enriquece o processo argumentativo, “abrindo-o para uma diversidade de pontos de partida”.²⁰

As regras é que seriam, em contraposição, hercúleas, pois, da mesma forma que Hércules cortava as cabeças de Hidra, as regras teriam como escopo diminuir a pluralidade, fechar o processo de argumentação, absorvendo a incerteza.²¹

Embora não seja o cerne de trabalho, o fato de a metáfora ter dado título ao livro merece alguns comentários. Há claramente um passo injustificado no raciocínio de Neves, quando ele, ao reconstruir a ligação do juiz Hércules (de Dworkin) com os princípios constitucionais, conclui que seria possível dizer que os princípios são hercúleos. O fato de Hércules ser encarregado de identificar todos os princípios jurídicos relevantes para a decisão de um dado caso não nos autoriza classificar os princípios como hercúleos. Talvez a tarefa de Hércules seja, como não poderia deixar de ser, hercúlea, mas os princípios não são hercúleos. Até porque Hércules não tem como tarefa apenas identificar e manejar princípios, mas também regras, precedentes, legislação. Isso não torna regras, precedentes e legislação hercúleos. Hercúleo continua sendo simplesmente o trabalho de Hércules, e princípios são apenas um entre tantos outros “materiais jurídicos” que ele maneja.

Ao que parece, a estipulação dos princípios como hercúleos serve para justificar a novidade: uma inversão no papel dos princípios e das regras constitucionais. É claro que há um paralelo entre Hércules cortando as cabeças de Hidra e as regras restringindo a amplitude dos princípios. Mas hercúleo continua a ser o papel do juiz, Hércules ou não.

3. A REJEIÇÃO DA DISTINÇÃO GRADATIVA ENTRE REGRAS E PRINCÍPIOS

Da mesma forma que Alexy²² e outros adeptos de sua teoria dos princípios,²³ Marcelo Neves rechaça as inúmeras distinções tradicionais entre princípios e regras, baseadas em graus de precisão, discricionariedade, generalidade, dentre outros. Essas distinções são denominadas por Alexy como distinções fracas.²⁴

No entanto, parece-me que a estratégia usada por Neves para rejeitar as distinções gradativas entre regras e princípios peca por uma certa

circularidade. Para ilustrar essa afirmação, usarei o exemplo de distinção baseada no grau de generalidade. Segundo esse critério, princípios são mais gerais que as regras. Para rechaçar esse critério, Neves usa a legalidade penal (constituição, art. 5º, XXXIX) como exemplo: embora tenha um alto grau de generalidade, essa norma é uma regra, não um princípio, porque “serve como critério definitivo para a tomada de decisão solucionadora de um caso”.²⁵ Para ele, isso seria a demonstração de que o grau de generalidade não pode ser utilizado como critério para a distinção entre regras e princípios.²⁶

Mas essa demonstração mistura dois critérios. Não é possível afirmar que a legalidade penal, embora geral, não é um princípio porque “serve como critério definitivo para a tomada de decisão solucionadora de um caso” sendo, portanto uma regra, porque esse conceito de regra simplesmente não vale para aqueles que classificam a legalidade penal como um princípio. Para estes, basta que a norma tenha alto grau de generalidade para que seja considerada como princípio.

Um exemplo mais exagerado pode deixar isso mais claro. Vamos supor que alguém defina o seguinte critério para a distinção entre regras e princípios no âmbito dos direitos fundamentais da constituição brasileira: se o direito é garantido por um inciso par do art. 5º, trata-se de um princípio; se ele é garantido por um inciso ímpar, trata-se de uma regra. Assim, a igualdade entre homens e mulheres (art. 5º, I) e a liberdade profissional (art. 5º, XIII) seriam direitos garantidos por regras, enquanto a liberdade de expressão (art. 5º, IV) e a garantia da anterioridade da lei penal (art. 5º, XL) seriam direitos garantidos por princípios. Não importa o quão *nonsense* esse critério seja, o certo é que não é possível refutá-lo por meio da afirmação de que a anterioridade da lei penal é garantida por uma regra, não por um princípio, já que ela não admite sopesamento ou porque ela “serve como critério definitivo para a tomada de decisão solucionadora de um caso”. A não ser que esses conceitos de regras sejam unanimemente aceitos, o que não é o caso. Em outras palavras, eu não posso usar o meu próprio conceito de regra (ou de princípio) para rejeitar a inclusão, em uma classificação baseada em critérios distintos, dessa ou daquela norma na categoria “regra” (ou “princípio”).²⁷

É claro que essa afirmação não impede a crítica ao próprio critério de classificação. É possível apontar algumas fraquezas metodológicas ou ausência de utilidade em determinadas classificações. Nesse sentido, afirmo em trabalho publicado já há algum tempo:

*“Classificações ou são coerentes e metodologicamente sólidas, ou são contraditórias — quando, por exemplo, são misturados diversos critérios distintivos — e, por isso, pouco ou nada úteis. Se se define ‘princípio’ pela sua fundamentalidade, faz sentido falar-se em princípio da legalidade ou em princípio do nulla poena sine lege. Essas são, sem dúvida, duas normas fundamentais em qualquer Estado de Direito. Caso, no entanto, se prefira usar os critérios estabelecidos por Alexy, [...] é preciso deixar de fora dessa tipologia aquelas normas tradicionalmente chamadas de princípios — legalidade etc. —, visto que elas, a despeito de sua fundamentalidade, não poderiam mais ser consideradas como princípios, devendo ser incluídas na categoria das regras”.*²⁸

4. QUASE REGRA, QUASE PRINCÍPIO: AS FORMAS HÍBRIDAS

Quando se fala em regras e princípios, um tema recorrente é a existência de categorias intermediárias, ou a menção a normas que ora são princípios, ora são regras. Nesse âmbito, Marcelo Neves recorre ao conceito de híbrido, nos seguintes termos: “normas que se encontram em uma situação intermediária entre princípios e regras”.²⁹ Para chegar a essa conclusão, Neves recorre ao conceito weberiano de tipos ideais. Para Weber, tipos ideais são construídos a partir de uma ênfase unilateral em uma ou algumas variáveis do objeto a ser analisado.³⁰ Trata-se, portanto, de uma abstração, de uma construção intelectual que serve como método de análise sociológica.

Ainda que se aceite que o conceito de tipo ideal tenha alguma relevância na compreensão da distinção normativa entre regras e princípios,³¹ com certeza não seria para a configuração de algumas figuras como híbridas. Se é verdade, como afirma Weber, que os tipos ideais são uma utopia e que, “em sua pureza conceitual, essa construção mental não é encontrada em lugar algum”,³² então a conclusão óbvia seria a de que, no mundo real, tudo é híbrido. Mas faria sentido dizer, por exemplo, que a monarquia sueca não é uma monarquia, mas um híbrido, porque eventualmente algumas características do tipo ideal monarquia não estão presentes? Ou que, pelas mesmas razões, o parlamentarismo alemão não é um parlamentarismo, mas um híbrido? Ou que a nona sinfonia de Beethoven, porque contém um coral, não é uma sinfonia, mas um híbrido?

No caso das regras e princípios, mesmo que se aceitasse que há casos duvidosos, essa dúvida é apenas classificatória e não tem relação com o conceito de tipo ideal. Se se aceita que princípios são normas que estabelecem um dever *prima facie* e regras são normas que estabelecem um dever definitivo, não parece haver espaço para híbridos. Em outras palavras, pode haver dificuldades, em diversos casos, em se definir se estamos diante de uma regra ou de um princípio, mas isso não decorre da existência de figuras híbridas. Trata-se apenas de uma dificuldade classificatória.

Para tentar demonstrar o contrário, Neves, com apoio em Aarnio,³³ fala em “regras que são como princípios” e “princípios que são como regras”,³⁴ como exemplos daquilo que ele chama de *híbridos*. O exemplo concreto, também emprestado de Aarnio, é o do princípio da liberdade de expressão que, se aplicado de forma isolada em algum caso, sem colidir com outro princípio, comporta-se como uma regra, porque pode ser aplicado diretamente à solução de um caso.³⁵

A impressão de que se trata de um híbrido decorre da atribuição da característica “ser aplicado diretamente à solução de um caso” apenas às regras, algo que Marcelo Neves faz, a meu ver, sem justificativa plausível. Mais do que isso: ao misturar dois critérios para definir o que distingue uma regra de um princípio, cria-se automaticamente a figura do híbrido. Se se define princípio como uma norma passível de sopesamento e, ao mesmo tempo, como uma norma que não pode servir diretamente à solução do caso, cria-se, por meio da própria definição, a possibilidade dos híbridos: quando a norma é passível de sopesamento e, ao mesmo tempo, serve para a solução direta de um caso, ela não se enquadra perfeitamente nem

na categoria dos princípios (justamente porque soluciona diretamente o caso) nem na categoria das regras (porque é sopesável). O surgimento do híbrido, aqui, não tem nenhuma relação com o conceito de tipos ideais, mas com uma mistura indevida de critérios distintivos. Isso será explorado no tópico seguinte.

5. OS CONCEITOS DE REGRAS E DE PRINCÍPIOS

Para Marcelo Neves, princípios são normas que estão no nível reflexivo da ordem jurídica, servindo tanto para o balizamento ou a construção hermenêutica de outras normas, não sendo, contudo, razão definitiva para uma norma de decisão. Regras, por sua vez, são “normas suscetíveis de atuar como razão definitiva de questões jurídicas, não atuando como mecanismo reflexivo”.³⁶

Nessa passagem citada e em diversas outras,³⁷ o principal critério distintivo mencionado por Neves é a capacidade ou incapacidade para servir como razão definitiva para uma decisão. É por isso que toda vez que uma norma serve para decidir diretamente um caso concreto ela é prontamente classificada por Neves como regra ou como híbrido (um princípio que é como uma regra). Parece-me que essa é a fonte de diversos equívocos.

O exemplo emprestado de Aarnio — um caso no qual a liberdade de expressão (um princípio) não colide com nenhum princípio e, por isso, serve diretamente para resolver um caso — parece ser útil para ilustrar meu argumento. E para tanto, farei uma transcrição um pouco mais longa de algo que escrevi já há algum tempo:

Não é correto afirmar que, sempre que uma norma não colida com outra e, por conseguinte, que ela seja diretamente subsumida, trata-se então de uma regra. [...] O fato de uma norma ter sido aplicada em toda a sua amplitude não significa que se trate de uma regra, tampouco que não tenha havido otimização. [...] O fato de a aplicação de princípios nem sempre exigir um sopesamento não altera em nada o fato de que a aplicação de princípios pode exigir um sopesamento. Esse é o ponto decisivo: apenas normas que são passíveis de serem sopesadas podem ser otimizadas e, por conseguinte, classificadas como princípios.³⁸

No exemplo utilizado, o fato de a liberdade de expressão não colidir, em alguns casos, com nenhum princípio e, portanto, ser aplicada sem sopesamento não muda em nada a sua classificação como princípio, já que essa norma — liberdade de expressão — pode ser sopesada se a situação assim o exigir. Ela não se transforma em um híbrido, ou em um “princípio que é como regra” pelo simples fato de ser, em determinadas situações, aplicada diretamente ao caso e resolvê-lo definitivamente. E a razão é simples: a capacidade de ser aplicada diretamente e resolver casos não é um critério diferenciador entre regras e princípios, ao menos não na versão defendida por Alexy. Não é possível, portanto, criticar a sua teoria por não aceitar híbridos se, na verdade, os híbridos só surgem porque um critério novo,

estranho à teoria, foi adicionado por Neves. Seu novo critério pode até ser útil para outros fins analíticos, mas não para criticar uma classificação que, boa ou não, foi feita com base em outro critério.

6. COLISÃO INTRAPRINCÍPIOS

Neves argumenta que a ideia segundo a qual princípios seriam, *prima facie*, ilimitados, não pode ser aceita. A demonstração disso seria, segundo ele, a existência de colisões intraprincípios, por exemplo aquela que decorre “da invocação do mesmo princípio como fundamento simultâneo das partes em conflito no processo de concretização constitucional”.³⁹ Diante disso, seria possível afirmar que, mesmo *prima facie*, “todo direito fundado em um princípio, quando afirmado por uma parte, sempre estará intrinsecamente limitado pelo mesmo direito afirmado por outra”.⁴⁰

Não me parece haver diferença entre uma colisão entre dois princípios distintos e uma colisão que envolva o mesmo princípio. Especialmente para a definição sobre o quão ilimitado os princípios são *prima facie*, essa é uma distinção que não me parece relevante. E os exemplos usados por Neves não são suficientes para demonstrar o contrário. Especialmente aqueles exemplos relacionados a choques culturais — como os distintos valores atribuídos ao direito à vida na cultura ocidental e em algumas culturas indígenas — não parecem ter ligação direta com a distinção teórica entre princípios e regras. Esses choques — e todos as suas consequências — ocorrem não importa que teoria sobre normas jurídicas seja adotada.

7. O PLANO NORMATIVO E O PLANO INSTITUCIONAL

Algumas objeções suscitadas à distinção entre princípios e regras e às figuras do sopesamento e da otimização muitas vezes parecem misturar indevidamente os planos normativo e institucional. Uma das objeções de Neves também falha em distinguir esses dois planos.

Ao analisar a relação entre o Tribunal Europeu de Direitos Humanos e os tribunais nacionais, Neves afirma, tendo em vista especialmente o Tribunal Constitucional alemão, que, no atual grau de integração europeia, “a negação narcisista das decisões do Tribunal Europeu de Direitos Humanos por parte de tribunais nacionais, com base na ponderação otimizante dos seus respectivos princípios constitucionais, não parece suportável”.⁴¹

O pano de fundo da crítica foi a postura do Tribunal Constitucional alemão de mitigar os efeitos da decisão do Tribunal Europeu no caso Caroline de Mônaco (ou Caroline de Hanover). Ao invés de aceitar um efeito vinculante e direto das decisões do tribunal supranacional, o tribunal alemão atribuiu a elas um valor sobretudo argumentativo. Ainda segundo o tribunal alemão, o dever dos tribunais nacionais é o de levar em consideração, na medida do metodologicamente sustentável, as normas da Convenção Europeia de Direitos Humanos, na interpretação que o Tribunal Europeu delas faz.⁴²

Não há dúvidas de que, nesse e em outros casos, há uma tensão entre jurisdição doméstica e jurisdição supranacional. Mas o que essa tensão tem a ver com a ideia de otimização é algo que não fica esclarecido na análise de Marcelo Neves. O fato de o tribunal alemão — supostamente — ter uma “postura otimizante”⁴³ não é argumento suficiente. Da mesma forma que ocorre no exemplo das colisões intraprincípios, o exemplo da tensão entre diferentes planos jurisdicionais independe da teoria das normas adotada. Parece-me ser possível — e necessário — tratar tensões institucionais e tensões normativas de forma independente, a não ser nos casos em que a tensão institucional é causada — ou ao menos potencializada — pela teoria da norma adotada. Mas Marcelo Neves não aponta nenhum argumento para mostrar que estamos diante de uma situação como esta. O fato de o Tribunal Constitucional alemão — supostamente — adotar uma “postura otimizante” não é argumento suficiente. Seria necessário demonstrar o nexa entre essa postura e a tensão institucional apontada. Mas esse nexa não existe.

8. ABUSO DE PRINCÍPIOS: O BRASIL DE HOJE E O BRASIL DE ANTES

Um dos argumentos mais recorrentes dos autores que pretendem criticar a teoria dos princípios e o recurso à otimização e ao sopesamento é aquele que aponta para um abuso no uso desses instrumentos. O argumento costuma ter a seguinte estrutura: juizes por todo o Brasil, em todos os níveis, têm tomado as decisões mais disparatadas com base em sopesamentos de princípios, logo a teoria dos princípios deve ser rejeitada.⁴⁴

Neves, ainda que a partir de um marco teórico distinto das críticas mais recorrentes, também levanta objeção semelhante. Em primeiro lugar, Neves argumenta que o modelo baseado em princípios é superadequado à realidade social e política brasileira, o que, em termos concretos, estaria ligado à falta de autonomia do direito em face a outras variáveis sociais.⁴⁵ Essa falta de autonomia faz com que o direito fique subordinado “aos particularismos e fatores sociais diversos”, minando a relevância das regras e dos princípios.⁴⁶ Partindo do pressuposto de que a consistência jurídica só é garantida se houver uma relação recíproca entre prática e teoria, e se essa relação recíproca não existe no Brasil, dada a submissão do direito a outros interesses, então a reflexão teórica fica fragilizada.⁴⁷

A conclusão a que Neves chega é a de que, ao contrário do que ocorre com as regras, com seus deveres definitivos, que tornariam mais difíceis os desvios apontados, os princípios facilitariam o escamoteamento de interesses particularistas por trás de uma roupagem aparentemente jurídica. Em palavras bastante incisivas: “os princípios são mais apropriados a abusos no processo de concretização”.⁴⁸

De certa forma, supõe-se que a falta de autonomia do direito, se não é causada, é ao menos intensamente potencializada pelo recurso aos princípios. Seria a teoria dos princípios, portanto, responsável, se não totalmente, ao menos em boa medida, por uma contaminação do direito por interesses

particulares e por desvios. O recurso a princípios serviria, então, em grande parte à acomodação de interesses concretos e particulares.⁴⁹

Ainda que eu também identifique um certo fascínio desmedido pelos princípios no Brasil, o qual em muitos casos cria o ambiente para sopesamentos injustificados, que levam a decisões mal fundamentadas, não me parece fazer sentido atribuir aos princípios (e ao sopesamento) os efeitos nefastos que os críticos em geral, e Marcelo Neves também, parecem atribuir a eles. Da mesma forma que a crítica que aponta uma suposta irracionalidade no sopesamento, especialmente no Brasil, parece supor que a jurisprudência brasileira anterior à “descoberta” da teoria dos princípios era um exemplo de consistência, coerência, objetividade e racionalidade, características que teriam sido então destruídas pelo fascínio pelos princípios, a crítica de Neves, que vê nos princípios o canal pelo qual os interesses particularistas entram no direito e minam a sua autonomia, parece supor que, antes dos princípios, essa autonomia estava presente e as regras, às quais se dava o devido valor, impediam que interesses econômicos, políticos, relacionais, familiares impusessem bloqueios contra a realização daquilo que a constituição prevê.

Mas é o próprio Marcelo Neves que sublinha: “A história constitucional brasileira é marcada por esse problema de baixa capacidade de reprodução constitucionalmente consistente do direito. Tanto no passado quanto no presente [...] vem-se apontando para esse problema”.⁵⁰ Mas, diante disso, se a teoria dos princípios é de fato superadequada ao caso brasileiro, a mesma conclusão teria valer para tudo o que veio antes.⁵¹ Mas - tanto para o passado quanto para o presente - essa é uma questão empírica, não meramente teórica. Nesse sentido, ela exige demonstração, não apenas suposição, por mais plausível que seja.

Contudo, mesmo se deixarmos de lado essa exigência de demonstração empírica e nos limitarmos ao âmbito teórico, parece ingênuo supor que um modelo composto apenas por regras estritas e absolutas tornaria mais difíceis desvios, porque esses ficariam supostamente mais explícitos.⁵² Não por outra razão, o modelo proposto por Neves não supõe um sistema composto apenas por regras, tampouco rejeita o sopesamento como ferramenta interpretativa. Diante disso, é necessário indagar se e por que a alternativa oferecida por Neves teria alguma capacidade para aumentar a relação recíproca entre a teoria e a prática constitucionais no Brasil.

9. A CRÍTICA À OTIMIZAÇÃO

A principal crítica de Marcelo Neves à teoria dos princípios na versão defendida por Alexy é direcionada ao conceito de otimização. Na medida em que Neves parte do pressuposto de que a ponderação é inafastável, é possível afirmar que, apesar das objeções pontuais analisadas até aqui, seu modelo em grande parte coincide com o modelo de Alexy, que também tem na ponderação um elemento central. A tentativa de se afastar de Alexy, então, baseia-se na estratégia de aceitar a ponderação, mas sem aceitar a otimização.

9.1. OTIMIZAÇÃO E ÚNICA RESPOSTA CORRETA

Uma das principais razões para a afirmação acima é a aproximação que Neves faz entre otimização, no sentido de Alexy, e a noção de única resposta correta, no sentido de Dworkin.⁵³ Não é o caso de analisar aqui a fundo o debate sobre a ideia dworkiniana de única resposta correta.⁵⁴ Parece-me ser suficiente: (1) remeter à objeção que o próprio Alexy faz a tese da única resposta, a qual, segundo ele, é “condenada ao fracasso”⁵⁵ e (2) constatar que, se otimizar fosse “buscar a única resposta correta”, então o legislador não teria, nunca, liberdade para legislar, já que essa liberdade está baseada diretamente na existência de diferentes respostas (corretas) a um mesmo problema.⁵⁶

9.2. ALTERNATIVA À OTIMIZAÇÃO?

Ao aceitar a ponderação como inafastável e, ao mesmo tempo, rejeitar a ideia de otimização (ainda que, a meu ver, por razões equivocadas, já que baseadas em uma associação injustificada entre otimização e única resposta correta), cria-se a expectativa da construção de uma proposta alternativa. Em outras palavras, o leitor do livro de Marcelo Neves que aceitar as objeções levantadas contra aquilo que ele chama de “ponderação otimizante” necessariamente espera que Neves forneça seu próprio modelo. Pode-se dizer que essa seria a expectativa central de qualquer leitor. Neste ponto, contudo, parece-me que há uma certa frustração dessa expectativa.

Marcelo Neves usa a decisão da ADI 3510, sobre a utilização de células-tronco embrionárias para fins de pesquisa e terapia, como exemplo de como a ponderação otimizante seria inadequada. Neste ponto, Neves acrescenta algo à sua crítica à otimização, algo que vai além da (equivocada) associação com a ideia de única resposta correta: a inadequação da otimização estaria ligada ao fato de que, segundo ele, a ponderação otimizadora não seria capaz de levar em consideração variáveis que vão além dos direitos subjetivos em jogo e não conseguiria incorporar o impacto de uma decisão “nas diversas esferas sociais envolvidas”.⁵⁷

No entanto, também aqui, Neves não justifica por que a ponderação baseada na otimização seria incapaz de incorporar outras variáveis que vão além dos direitos subjetivos envolvidos. O segundo exemplo usado por ele também não esclarece o ponto. Segundo Neves, na decisão da ADPF 101, sobre a importação de pneus usados:

*“não cabe falar de uma otimização de princípios, mas sim de reação ao perigo e à tendência de desdiferenciação econômica da sociedade, em detrimento de uma ordem de direitos fundamentais. [...] a questão não se limitou aos interesses individuais dos eventuais envolvidos (direito econômico versus direito à saúde), mas também ao seu impacto na relação entre esferas sociais: o sistema de saúde, indissociável de um ambiente saudável, em face da economia”.*⁵⁸

E conclui, em parte com base em Ladeur, que:

*“o paradigma da ponderação otimizante está fortemente vinculado à posição de grupos e, portanto, ‘concentra a atenção, tanto cognitiva quanto normativamente, sobretudo nos efeitos de curto prazo, negligenciando os de longo prazo’.”*⁵⁹

Não há, como se percebe, justificativa para as objeções de Neves. Afirma-se, pura e simplesmente, que a chamada “ponderação otimizante” tem essa ou aquela deficiência, usa-se essa ou aquela decisão para ilustrar algo, sem que nem mesmo tenhamos certeza de que nessas decisões foi usada alguma forma de ponderação, cita-se esse ou aquele autor crítico à ponderação, mas, ao final, não sabemos exatamente o que exatamente, no conceito de otimização, justifica as conclusões do autor.

9.3. O VALOR DOS PRECEDENTES

A isso soma-se a insistência de Neves em ignorar o valor dos precedentes na teoria dos princípios. Como se viu, em diversos momentos, Neves afirma que a ponderação está ligada a uma racionalidade *ad hoc*, “sem perspectiva de longo prazo”,⁶⁰ e que os argumentos utilizados tendem a limitar-se ao caso concreto *sub judice* e “não oferecem critérios para que se reduza o ‘valor surpresa’ das decisões de futuros casos”.⁶¹

Contudo, não há, na teoria dos princípios, nenhum elemento que limite a argumentação apenas ao caso *sub judice*, tampouco alguma característica refratária ao uso de precedentes judiciais. A reiterada menção aos precedentes por toda obra de Alexy e de outros adeptos de sua teoria dos princípios é uma clara evidência disso.⁶² Como já afirmei em outra oportunidade: insegurança jurídica está intimamente ligada à ideia de decisão *ad hoc*, algo que ocorre quando não há controle social, independente do método de interpretação e aplicação do direito e da teoria que subjaz a esse método.⁶³

9.4. PONDERAÇÃO COMPARATIVA

Como afirmado acima, o leitor do livro de Marcelo Neves com certeza espera que ele forneça seu próprio modelo, como alternativa ao modelo baseado na otimização. A despeito das inúmeras críticas que Neves faz à teoria de Alexy, uma de suas ideias centrais - a necessidade de sopesamento entre princípios - não é rejeitada. Como já foi mencionado mais de uma vez acima, o próprio Neves afirma: “Não há dúvida de que a exigência de ponderação ou sopesamento em caso de colisão entre princípios constitucionais (e, em geral, entre normas) é, *tout court*, inafastável”.⁶⁴

Assim, a despeito de algumas divergências pontuais, as quais, como se procurou demonstrar ao longo deste texto, não são convincentes, a divergência central, analisada acima, é a rejeição da ideia de otimização, central

na teoria de Alexy. Como visto acima, essa rejeição baseia-se em uma interpretação equivocada do significado da otimização na teoria dos princípios. Ao contrário do que Neves afirma, a otimização não implica a existência de uma única resposta correta, não é incapaz de levar em consideração variáveis que vão além dos direitos subjetivos em jogo, não se limita ao caso concreto *sub judice* e, com isso, não é sinônimo de argumentação *ad hoc*.

Ainda assim, ou seja, mesmo isentando a otimização das críticas acima, seria ainda possível que Neves fornecesse um modelo de sopesamento que fosse *ainda melhor* do que aquele baseado no conceito de otimização. Mas qual é o modelo proposto? Que tipo de sopesamento seu modelo incorpora (já que o sopesamento, nas suas palavras, é inafastável)?

Marcelo Neves propõe um modelo que inclui aquilo que ele denomina de “ponderação comparativa”.⁶⁵ Não é fácil, contudo, compreender quais seriam as características que diferenciariam esse tipo de ponderação daquilo que Neves chama de “ponderação otimizante”. De início, Neves apenas afirma que “[p]ara se falar de otimização impõe-se que se pressuponha não apenas comparabilidade, mas também comensurabilidade”.⁶⁶ Essa afirmação, contudo, não é fundamentada. Ela apenas serve como ponte para a sua conclusão: como direitos fundamentais são incomensuráveis, a ponderação otimizante é inadequada. Mas essa é uma conclusão equivocada, já que não é correto afirmar que a ponderação — qualquer que seja — depende de comensurabilidade. É justamente o contrário o que ocorre: ponderação só é exigível quando há *incomensurabilidade*, já que, se houver uma métrica comum entre duas coisas, não há ponderação, mas simples mensuração. Em nosso dia-a-dia, constantemente nos deparamos com opções incomensuráveis para as nossas ações e decisões. Isso, contudo, não impede nossas decisões e não as torna irracionais.⁶⁷

A dificuldade em compreender o que Neves chama de “ponderação comparativa” decorre, portanto, de sua estratégia de defini-la sobretudo por meio de uma contraposição às características negativas que Neves vê na otimização. Assim, o que caracterizaria a ponderação comparativa seria o fato de ela não ter nenhum dos supostos defeitos da ponderação otimizante. Mas se, conforme se procurou demonstrar acima, os defeitos da “ponderação otimizante” parecem decorrer da interpretação (a meu ver equivocada) de Neves e não do próprio conceito de otimização, então as diferenças entre ambas as formas de ponderação caem por terra. Além disso, é sintomático que, ao contrário do que ocorre nos trabalhos da teoria dos princípios quase que à exaustão, Neves não se esforce em demonstrar como a sua “ponderação comparativa” funcionaria na prática, por meio de exemplos (reais ou construídos). Não basta apenas afirmar que a ponderação comparativa é capaz disso ou daquilo ou que ela não tem esse ou aquele defeito que a “ponderação otimizante” supostamente tem. É preciso demonstrar isso. Essa demonstração, contudo, não é encontrada no livro de Neves.⁶⁸

10. CONCLUSÃO: O JUIZ IOLAU

Uma última tentativa de tentar compreender o modelo de Neves e suas diferenças em relação à teoria dos princípios seria por meio da figura do juiz Iolau. Mas essa tentativa derradeira também é frustrada.

Na mitologia grega, Iolau era o sobrinho de Hércules e o ajudou na luta contra Hidra. Da mesma forma que Dworkin usou a figura do juiz Hércules, já mencionado acima, Marcelo Neves recorre ao juiz Iolau. Para conhecê-lo, parece ser necessária uma transcrição mais longa:

*“O juiz Iolau [...] não se subordina desorientadamente ao poder dos princípios [...]. Não modifica sua posição ad hoc para satisfazer exclusivamente a cada nova estratégia em que se invocam princípios. Ele não se deixa impressionar pela retórica principiológica. [...] Não regenera, a cada caso, um novo princípio, para encobrir a sua atuação em favor de interesses particulares, vinculados ao poder, ao dinheiro, à religião, à parentela, à amizade, às boas relações etc. Ou seja, não se utiliza da retórica principialista para impressionar os envolvidos nas contendas jurídicas e, assim, dissimular a sua prática juridicamente inconsistente”.*⁶⁹

Mas, mais do que isso, segundo Neves, ele “não se põe em uma posição de superioridade intelectual” e “não isola o direito do seu contexto social”. Às vezes, ele até recorre ao sopesamento, mas o faz com parcimônia. Não por coincidência, Iolau, como Neves, rejeita a “ponderação otimizante”, mas admite uma ponderação comparativa. Ele leva em consideração todas as perspectivas envolvidas, “a partir tanto dos sistemas sociais quanto das pessoas e dos grupos”. Iolau afasta ponderações *ad hoc*, leva precedentes em consideração e também sabe que sua decisão deverá servir como orientação para casos futuros. Ele não é ingênuo e sabe que o mundo jurídico não começa a cada caso!⁷⁰

Como se percebe, tanto quanto seu tio Hércules, Iolau é um grande juiz e um ser excepcional. Diante disso, é possível esperar que, após alguma reflexão extra, ele irá perceber que, ao contrário do que afirma Marcelo Neves, não há nenhuma diferença entre “ponderação otimizante” e “ponderação comparativa”. Tenho certeza de que, se Iolau ler Alexy e outros defensores da teoria dos princípios com um pouco mais de calma, irá perceber que a otimização não apenas não rejeita, mas, ao contrário, exige a consideração de todos os fatores que Marcelo Neves afirma que ela despreza.

Ao final, Iolau perceberá que os problemas que Neves vê na teoria dos princípios são, na verdade, produto de uma equivalência forçada entre essa teoria e a prática vulgar da argumentação com base em princípios feita por parte do mundo forense brasileiro. Essa prática vulgar talvez sofra de boa parte dos defeitos que Neves identifica, ao frequentemente recorrer à terminologia da teoria dos princípios para ganhar ares de legitimidade e racionalidade. Ainda assim, parece-me imprescindível distinguir as coisas: quando uma teoria é vítima de apropriação diletante e distorcida, não se pode culpar a teoria. Em outras palavras, do diagnóstico pessimista sobre a prática forense brasileira não se infere a invalidade de uma

teoria. No fundo, Neves sabe disso, mas se recusa a admitir. Em determinado momento, ao criticar uma decisão do STF que faz uso retórico dos princípios, Neves, de um lado, menciona que o voto do relator “recorre [...] a Ronald Dworkin, Robert Alexy e Virgílio Afonso da Silva”, mas, de outro lado, o mesmo Neves surpreendentemente afirma que “não é relevante [...] discutir a incompatibilidade desse argumento contido no voto que serve de esteio à maioria com as concepções dos autores invocados”.⁷¹

Tenho certeza de que Iolau não faria uma afirmação dessas. Iolau provavelmente diria que, se há algo realmente relevante a ser discutido quando se usa a prática para rejeitar uma teoria é averiguar se a prática, de fato, segue a teoria. Diante disso, toda a crítica de Neves que se baseia no “uso e abuso de princípios” cai por terra. Não fosse assim, se um dia algum juiz usar o livro de Neves de forma completamente distorcida para fundamentar uma decisão cujo objetivo seja pura e simplesmente escamotear interesses privados, econômicos, políticos, relacionais ou familiares, Neves só poderá chegar a uma conclusão: seu próprio modelo está equivocado. Afinal, segundo ele, é irrelevante saber se aquilo que um juiz diz é de fato compatível com a teoria que ele afirma usar.

>> NOTAS

- ¹ Virgílio Afonso da Silva, "Interpretação constitucional e sincretismo metodológico", in Virgílio Afonso da Silva (org.), *Interpretação constitucional*, São Paulo: Malheiros, 2005, pp. 132-133 (grifos no original).
- ² Cf. *Ibidem*, p. 120.
- ³ Cf. Marcelo Neves, *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico*, São Paulo: Martins Fontes, 2013, p. 185.
- ⁴ Cf. Virgílio Afonso da Silva, "La interpretación conforme a la constitución: entre la trivialidad y la centralización judicial", *Cuestiones Constitucionales* 12 (2005): 3-28; uma tradução para o português foi publicada no ano seguinte: Virgílio Afonso da Silva, "Interpretação conforme a constituição: entre a trivialidade e a centralização judicial", *Revista Direito GV* 3 (2006): 191-210.
- ⁵ Virgílio Afonso da Silva, "La interpretación conforme a la constitución", p. 4; Virgílio Afonso da Silva, "Interpretação conforme a constituição: entre a trivialidade e a centralização judicial", p. 192.
- ⁶ Konrad Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 19a. ed., Heidelberg: C. F. Müller, 1993, p. 32 (n. 85).
- ⁷ Cf. Marcelo Neves, *Entre Hidra e Hércules*, p. 186.
- ⁸ *Ibidem*.
- ⁹ Não há espaço, neste texto, para ir além dessa indagação. Para uma demonstração mais detalhada acerca da incompatibilidade entre ambas as teorias, parecem-me ainda válidas as considerações que fiz no trabalho citado por Neves (cf. Virgílio Afonso da Silva, "Interpretação constitucional e sincretismo metodológico", p. 136 ss.).
- ¹⁰ Marcelo Neves, *Entre Hidra e Hércules*, p. 187. 11 Cf. *Ibidem*, pp. 187-188.
- ¹¹ Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte*, 2a. ed., Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994, pp. 21-22; Robert Alexy,
- ¹² *Teoria dos direitos fundamentais*, Virgílio Afonso da Silva (trad.), São Paulo: Malheiros, 2008, p. 32.
- ¹³ Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte*, p. 22; Robert Alexy, *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 32.
- ¹⁴ Virgílio Afonso da Silva, "Interpretação constitucional e sincretismo metodológico", p. 118, nota 6.
- ¹⁵ Cf. Virgílio Afonso da Silva, *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, 2a. ed., São Paulo: Malheiros, 2010, p. 162 ss.
- ¹⁶ Virgílio Afonso da Silva, "Interpretação constitucional e sincretismo metodológico", p. 121.
- ¹⁷ Cf., pela primeira vez, Ronald Dworkin, "Hard Cases", *Harvard Law Review* 88:6 (1975), p. 1083, reproduzido posteriormente em Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1977, pp. 81-130.
- ¹⁸ Marcelo Neves, *Entre Hidra e Hércules*, p. XVI.
- ¹⁹ *Ibidem*, p. XVII.
- ²⁰ *Ibidem*.
- ²¹ *Ibidem*, p. XVIII.
- ²² Cf. Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte*, p. 72 ss; tradução brasileira, Robert Alexy, *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 86 ss.
- ²³ Cf. Jan-Reinard Sieckmann, *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems*, Baden-Baden: Nomos, 1990, p. 53;
- ²⁴ Martin Borowski, *Grundrechte als Prinzipien*, Baden-Baden: Nomos, 1998, p. 61; Virgílio Afonso da Silva, *Grundrechte und gesetzgeberische Spielräume*, Baden-Baden: Nomos, 2003, p. 38.
- ²⁵ Cf. Robert Alexy, "Zum Begriff des Rechtsprinzips", in Robert Alexy, *Recht, Vernunft, Diskurs: Studien zur Rechtsphilosophie*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995, p. 184.
- ²⁶ Marcelo Neves, *Entre Hidra e Hércules*, p. 23.
- ²⁷ Cf. *Ibidem*.

- ²⁸ Marcelo Neves parece perceber esse problema, ao afirmar que alguém poderia simplesmente dizer que o exemplo dele é equivocado, porque a legalidade penal seria considerada como princípio simplesmente porque é uma norma genérica. Ainda assim, ele insiste que a norma poderia sim ser considerada uma regra, “por ser apta para servir como critério definitivo e imediato para a tomada de decisão solucionadora de um caso” (Ibidem, p. 23, nota 61).
- ²⁹ Virgílio Afonso da Silva, “Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção”, *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais* 1 (2003), p. 614 (grifei).
- ³⁰ Marcelo Neves, *Entre Hidra e Hércules*, p. 104.
- ³¹ Cf. Max Weber, “Die ‘Objektivität’ sozialwissenschaftlicher und sozialpolitischer Erkenntnis”, *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre*, 3a. ed., Tübingen: J.C.B. Mohr, 1968, p. 191.
- ³² Para uma crítica da utilidade dos tipos ideais no âmbito jurídico, cf., por exemplo, Florian von Alemann, *Die Handlungsform der interinstitutionellen Vereinbarung*, Berlin: Springer, 2006, p. 12.
- ³³ Max Weber, “Die ‘Objektivität’ sozialwissenschaftlicher und sozialpolitischer Erkenntnis”, p. 191.
- ³⁴ Aulis Aarnio, “Taking Rules Seriously”, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie Beiheft* 42 (1989): 180-192.
- ³⁵ Marcelo Neves, *Entre Hidra e Hércules*, p. 105.
- ³⁶ Ibidem.
- ³⁷ Ibidem, p. 109.
- ³⁸ Cf., por exemplo, p. 84: “os princípios não podem ser razões diretas de decisões concretas”. Virgílio Afonso da Silva, *Grundrechte und gesetzgeberische Spielräume*, pp. 65-66 (grifos no original).
- ³⁹ Marcelo Neves, *Entre Hidra e Hércules*, p. 162.
- ⁴⁰ Ibidem.
- ⁴¹ Ibidem, p. 158.
- ⁴² Cf. BVerfGE 111, 307 (323).
- ⁴³ Marcelo Neves, *Entre Hidra e Hércules*, p. 159.
- ⁴⁴ Cf., por todos, Carlos Ari Sundfeld, “Princípio é preguiça?”, in Carlos Ari Sundfeld, *Direito administrativo para céticos*, 2a. ed., São Paulo: Malheiros, 2014, 205-229.
- ⁴⁵ Cf. Marcelo Neves, *Entre Hidra e Hércules*, p. 189.
- ⁴⁶ Ibidem.
- ⁴⁷ Ibidem, p. 190.
- ⁴⁸ Ibidem.
- ⁴⁹ Ibidem, p. 191.
- ⁵⁰ Ibidem, p. 190. As referências usuais aqui — que também são feitas por Neves — são Sérgio Buarque de Hollanda e Raymundo Faoro (cf. Sérgio Buarque de Hollanda, *Raízes do Brasil*, 26a. ed., São Paulo: Companhia das Letras, 1995; Raymundo Faoro, *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*, 2a. ed., Porto Alegre/São Paulo: Globo/Edusp, 1975).
- ⁵¹ Essa é uma das conclusões em Marcelo Neves, *Verfassung und Positivität des Rechts in der peripheren Moderne: eine theoretische Betrachtung und Interpretation des Falls Brasilien*, Berlin: Duncker & Humblot, 1992.
- ⁵² Cf. Marcelo Neves, *Entre Hidra e Hércules*, p. 190.
- ⁵³ Ibidem, p. 141.
- ⁵⁴ Cf., por todos, Ronald Dworkin, *A Matter of Principle*, Cambridge (Mass.): Harvard University Press, 1985, p. 119 ss.
- ⁵⁵ Cf. Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte*, p. 519; na tradução brasileira, Robert Alexy, *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 571.
- ⁵⁶ Não espaço aqui para desenvolver esse argumento em detalhes. Para uma análise da relação entre otimização e liberdade legislativa, cf. Virgílio Afonso da Silva, *Grundrechte und*

gesetzgeberische Spielräume, p. 113 ss. Cf. também Virgílio Afonso da Silva, "Direitos fundamentais e liberdades legislativas: o papel dos principios formais", in Fernando Alves Correia, Jónatas Machado & João Carlos Loureiro (orgs.), Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho, vol. III, Coimbra: Coimbra Editora, 2012: 915-937.

⁵⁷ Marcelo Neves, Entre Hidra e Hércules, p. 146.

⁵⁸ Ibidem, p. 147.

⁵⁹ Ibidem, p. 148. O trabalho de Ladeur citado é Karl-Heinz. Ladeur, Der Staat gegen die Gesellschaft: zur Verteidigung der Rationalität der "Privatrechtsgesellschaft", Tübingen: Mohr Siebeck, 2006, p. 367.

⁶⁰ Marcelo Neves, Entre Hidra e Hércules, p. 196.

⁶¹ Ibidem, p. 199.

⁶² Apenas como exemplo mais evidente, cf. Robert Alexy, Theorie der Grundrechte, p. 504 ss.; Robert Alexy, Teoria dos direitos fundamentais, p. 554 ss.

⁶³ Cf. Virgílio Afonso da Silva, Direitos fundamentais, p. 150.

⁶⁴ Marcelo Neves, Entre Hidra e Hércules, p. 141.

⁶⁵ Ibidem, p. 151.

⁶⁶ Ibidem.

⁶⁷ Para um desenvolvimento mais profundo desse argumento, e de outros ligados à ideia de incomensurabilidade, cf. Virgílio Afonso da Silva, "Comparing the Incommensurable: Constitutional Principles, Balancing and Rational Decision", Oxford Journal of Legal Studies 31:2 (2011): 273-301.

⁶⁸ Os exemplos que Neves usa, já mencionados acima (ADI 3510, ADPF 101, Caroline de Mônaco), não servem para demonstrar como sua "ponderação comparativa" deve ser aplicada. Eles servem para mostrar uma suposta inadequação da "ponderação otimizante". Como argumentei acima, em todos os casos, essa inadequação não fica demonstrada.

⁶⁹ Marcelo Neves, Entre Hidra e Hércules, pp. 221-222.

⁷⁰ Ibidem, p. 222.

⁷¹ Ibidem, p. 211.

5. REFERÊNCIAS

- Aarnio, Aulis (1989).** “Taking Rules Seriously”. *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie Beiheft* 42, 180-192
- Alemann, Florian von (2006).** *Die Handlungsform der interinstitutionellen Vereinbarung*, Berlin: Springer.
- Alexy, Robert**
(1994). *Theorie der Grundrechte*. Frankfurt am Main: Suhrkamp.
(1995). “Zum Begriff des Rechtsprinzips”, in Robert Alexy, *Recht, Vernunft, Diskurs: Studien zur Rechtsphilosophie*, Frankfurt am Main: Suhrkamp.
- Ari Sundfeld, Carlos (2014).** “Princípio é preguiça?”, in Carlos Ari Sundfeld, *Direito administrativo para céticos*, São Paulo: Malheiros.
- Borowski, Martin (1998).** *Grundrechte als Prinzipien*. Baden-Baden: Nomos.
- Buarque de Hollanda, Sérgio (1995).** *Raízes do Brasil*, São Paulo: Companhia das Letras.
- Da Silva, Virgílio Afonso**
(2003). *Grundrechte und gesetzgeberische Spielräume*. Baden-Baden: Nomos.
(2003). “Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção”. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais* 1.
(2004). “Interpretação constitucional e sincretismo metodológico”, in Virgílio Afonso da Silva (org.), *Interpretação constitucional*, São Paulo: Malheiros, 132-133.
(2005). “La interpretación conforme a la constitución: entre la trivialidad y la centralización judicial”. *Cuestiones Constitucionales* 12 (2005) 3/28 (Ciudad de México: Cuestiones Constitucionales), 191-210
(2007). *Interpretação constitucional e sincretismo metodológico*. São Paulo: Malheiros.
(2008). *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros.
(2011). “Comparing the Incommensurable: Constitutional Principles, Balancing and Rational Decision”, *Oxford Journal of Legal Studies* 31:02.
(2010). *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros.
(2012). “Direitos fundamentais e liberdades legislativas: o papel dos princípios formais”, in Fernando Alves Correia, Jónatas Machado & João Carlos Loureiro (orgs), *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*, Coimbra: Coimbra Editora.
- Dworkin, Ronald**
(1975). “Hard Cases”. *Harvard Law Review* 88:6, 1083
(1977). *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press.
(1985). *A Matter of Principle*, Cambridge: Harvard University Press.
- Faoro, Raymundo (1975).** *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*, Porto Alegre/São Paulo: Globo/Edusp.
- Hesse, Kornad (1993).** *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. Heidelberg: C.F. Müller.
- Ladeur, Karl-Heinz (2006).** *Der Staat gegen die Gesellschaft: zur Verteidigung der Rationalität der “Privatrechtsgesellschaft”*, Tübingen: Mohr Siebeck.
- Neves Marcelo**
(1992). *Verfassung und Positivität des Rechts in der peripheren Moderne: eine theoretische Betrachtung und Interpretation des Falls Brasilien*, Berlin: Duncker & Humblot
(2013). *Entre Hídra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico*. São Paulo: Martins Fontes.
- Sieckmann, Jan-Reinard (1990).** *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems*. Baden-Baden: Nomos.

Weber, Max (1968). “Die ‘Objektivität’ sozialwissenschaftlicher und sozialpolitischer Erkenntnis”, *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre*, Tübingen: J. C. B Mohr.

Direito.UnB. Revista de Direito da Universidade de Brasília.
Programa de Pós-Graduação em Direito – Vol.2, N.1 (jan./abr. 2016) –
Brasília, DF: Universidade de Brasília, Faculdade de Direito.

Semestral. 2014.

ISSN 2357-8009 (VERSÃO ON-LINE)

ISSN 2318-9908 (VERSÃO IMPRESSA)

Bilíngue (Português/Inglês)

1. Direito – periódicos. I. Universidade de Brasília,
Faculdade de Direito.

CDU 340

