

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO ACADÊMICO

**O “DIREITO POR PRINCÍPIOS” NA SOCIEDADE PLURAL: UMA CRÍTICA
A PARTIR DE EXIGÊNCIAS DEMOCRÁTICAS E FUNCIONAIS**

Pedro da Silva Moreira

Porto Alegre

2014

PEDRO DA SILVA MOREIRA

**O “DIREITO POR PRINCÍPIOS” NA SOCIEDADE PLURAL: UMA CRÍTICA
A PARTIR DE EXIGÊNCIAS DEMOCRÁTICAS E FUNCIONAIS**

Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, na linha de pesquisa “Fundamentos teórico-filosóficos da experiência jurídica”, como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre.

Orientador: Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior

Porto Alegre

2014

PEDRO DA SILVA MOREIRA

**O “DIREITO POR PRINCÍPIOS” NA SOCIEDADE PLURAL: UMA CRÍTICA
A PARTIR DE EXIGÊNCIAS DEMOCRÁTICAS E FUNCIONAIS**

Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, na linha de pesquisa “Fundamentos teórico-filosóficos da experiência jurídica”, como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre.

Porto Alegre, 24 de fevereiro de 2014.

Conceito atribuído: _____

Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior
(orientador)

Prof. Dr. Luis Fernando Barzotto

Prof. Dr. Wladimir Barreto Lisboa

Prof. Dr. Leonel Severo Rocha

Porto Alegre

2014

AGRADECIMENTOS

Agradeço à minha família, por sempre apoiar – de todas as formas – uma etapa a mais na minha formação e, além disso, pela sabedoria de compreender a importância deste caminho.

Agradeço à Ailime, pelos sorrisos de todo dia, pelo incentivo que me dá confiança e pelo cuidadoso amor.

Aos queridos amigos que tanto me aturaram falando em *princípios*, agradeço por me escutarem. Àqueles (sobretudo os *Yernos*) que com inúmeros debates tornaram mais claras as minhas ideias e que desconstruíram muitas delas, o meu agradecimento. Agradeço ainda aos colegas de MP, pela parceria e compreensão. Aos professores que de algum modo foram interlocutores nesse processo, agradeço pelas lições. Às turmas em que realizei estágio-docência, sou grato pelo que aprendi.

Agradeço também ao meu orientador, professor José Alcebíades de Oliveira Junior, pelas oportunidades singulares de convívio acadêmico, pelas indispensáveis advertências metodológicas a este trabalho e pela liberdade para estudar, pensar e errar – para pesquisar.

“...But no matter how you come to judge Charles Wheeler and his partners in ethical, moral, and inhuman terms, the fact of the matter is, when they fired Andrew Beckett because he has AIDS, they broke the law”. (o advogado Joe Miller, personagem de Denzel Washington em Philadelphia).

RESUMO

A ideia central deste estudo é proceder a uma leitura crítica do “Direito por princípios” à luz das exigências da pluralidade. Para tanto, requer-se, antes, uma descrição do que se entende por sociedade plural, caracterizada – sobretudo – por inexorável dissenso moral e político. Esse é o objetivo da “Parte I”. Uma vez constatado o *fato da pluralidade*, a “Parte II” consiste em enfrentar uma indagação fundamental: *o que a pluralidade exige do Direito?* A resposta a essa pergunta depende (1) de uma teoria da democracia e (2) de uma teoria funcional do Direito, desde que ambas estejam posicionadas no seio da complexidade moderna. Como estratégia metodológica, recorre-se à concepção de democracia deliberativa em Jürgen Habermas, sublinhando a noção de autolegislação democrática. Ingressa-se, também, no conceito de autopoiese do Direito formulado por Niklas Luhmann, com o objetivo específico de observar as funções que o Direito desempenha em um cenário de complexidade. Por fim, estabelecidas as exigências da pluralidade, pretende-se – na “Parte III”, proceder a uma leitura crítica do uso dos princípios na aplicação do Direito. Mostrar-se-á que a adjudicação de conflitos políticos (e morais) por meio de princípios pode violar as exigências da pluralidade.

Palavras-chave: “Direito por princípios”; pluralidade; democracia; expectativas; regras.

ABSTRACT

The main idea of this study is to undertake a critical reading of what we call “Law by principles” given the demands of plurality. To do so, it requires, rather, a description of what is meant by plural society, with emphasis on the fact of disagreement in moral and political terms. Once we have established the fact of plurality (“Part I”), we are able to address a fundamental question: *what the plurality requires of law?* The answer to this question depends on (1) a theory of democracy and (2) a functional theory of law, both situated in the context of modern complexity. As a methodological strategy, we adopt the concept of deliberative democracy in Jürgen Habermas thought, highlighting the notion of democratic self-legislation. We will also study the idea of autopoiesis of law in the thought of Niklas Luhmann, with the specific purpose of observing the roles that law plays in a scenario of complexity. At the last part, we will provide a critical reading of the use of legal principles in adjudication. The use of legal principles to settle political (and moral) disagreements may violate the requirements of plurality.

Keywords: “Law by principles”; plurality; democracy; expectation; legal rules

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
PARTE I – A SOCIEDADE PLURAL.....	15
1. A PLURALIDADE HUMANA, A VIDA POLÍTICA E O DESACORDO.....	17
1.1. A antítese da pluralidade: o totalitarismo e a supressão da singularidade.....	18
1.2. A afirmação da pluralidade: o reconhecimento da singularidade humana	24
1.2.1. A condição humana da pluralidade e o mundo político comum	25
1.2.2. O reconhecimento jurídico da pluralidade: os direitos do homem.....	28
1.3. Desacordo e pluralidade.....	33
2. COMPLEXIDADE, DIVERSIDADE E MAIS DESACORDOS	38
2.1. Autoridade, religião e tradição: assuntos do passado	38
2.2. Elementos de complexidade na sociedade contemporânea	42
2.2.1. A disseminação do risco e a sociedade de consumo	43
2.2.2. Pluralismo e multiculturalismo: apontamentos sobre a diversidade	46
2.3. Desacordo e complexidade	50
PARTE II – O DIREITO NA SOCIEDADE PLURAL	54
1. DIREITO E COMPLEXIDADE NO PENSAMENTO DE JÜRGEN HABERMAS	56
1.1. O agir comunicativo e a formação discursiva da opinião e da vontade	57
1.1.1. Ação comunicativa, mundo da vida e a orientação ao entendimento.....	57
1.1.2. O uso público da razão e a esfera pública pluralista.....	61
1.2. Condições procedimentais para a legitimidade e validade do Direito	64
1.2.1. A tensão entre facticidade e validade e a afirmação da autolegislação democrática.....	64
1.2.2. O reforço ao procedimento e a redução legítima da complexidade	68
2. DIREITO E COMPLEXIDADE NO PENSAMENTO DE NIKLAS LUHMANN	73
2.1. Entre a complexidade e a contingência: o Direito como sistema autopoietico 74	
2.1.1. Contingências, expectativas e a complexidade estruturada	74
2.1.2. A diferenciação funcional e a autopoiese no Direito.....	78
2.2. O Direito como generalização congruente de expectativas normativas	83
2.2.1. O projeto modificável do direito positivo	83
2.2.2. Normatividade, abstração e a segurança das expectativas.....	87
3. O QUE A PLURALIDADE EXIGE DO DIREITO?.....	91

PARTE III – A APLICAÇÃO DO DIREITO NA SOCIEDADE PLURAL.....	99
1. PRINCÍPIOS E A PRIMEIRA EXIGÊNCIA DA PLURALIDADE	101
1.1. Constituição, princípios e a perspectiva deliberativa	102
1.1.1. O paradigma discursivo e o significado da Constituição em Habermas	103
1.1.2. Os princípios constitucionais – quem os interpreta?	106
1.2. O problema democrático: sobre conceitos e concepções	108
1.3. Um exemplo: a reforma política nos tribunais.....	114
2. PRINCÍPIOS E A SEGUNDA EXIGÊNCIA DA PLURALIDADE	116
2.1. Diferenciação interna do sistema jurídico: entre princípios e regras	117
2.1.1. Os princípios e o significado da Constituição em Luhmann	118
2.1.2. Regras jurídicas e a complexidade estruturada.....	121
2.2. O problema funcional: sobre o perigo da desestabilização	125
2.3. Um exemplo e uma pergunta: e se ponderarmos?	129
CONCLUSÃO	135
BIBLIOGRAFIA	139

INTRODUÇÃO

A renomada obra de Gustavo Zagrebelsky, *Il Diritto Mite*, cuja tradução espanhola nos aproxima do título *O Direito Dúctil*, é sem dúvida uma das mais fortes e entusiasmadas defesas daquilo que o próprio Zagrebelsky denomina “Direito por princípios”: um Direito mais maleável, mais flexível, sensível aos valores e capaz de institucionalizar a justiça e os direitos humanos. Não estaríamos mais, nesse sentido, na época do positivismo legalista do Estado de Direito do século XIX. Não estaríamos mais, portanto, na era do “Direito por regras”.

As normas constitucionais que versam sobre direitos e que tratam de valores seriam essencialmente princípios. As normas legislativas, por sua vez, seriam prevalentemente regras. Princípios e regras seriam, assim, espécies distintas de normas. Mas os princípios não dependeriam das regras jurídicas para possuir eficácia. Eles teriam força normativa para incidir diretamente sobre a realidade. A constitucionalização de princípios significaria a positivação de um ideal de justiça, passível de ser transposto para os casos concretos, não apenas aqueles apreciados pela jurisdição constitucional, mas também aqueles cotidianamente conduzidos à jurisdição ordinária. Os princípios permitiriam, ainda, a institucionalização da razão.

Essas são características que não estão presentes apenas na obra de Zagrebelsky, embora nela sejam percebidas de modo singularmente explícito. Não são poucos os autores que se situam no âmago dessa perspectiva. E não é incomum classificar essa postura teórica como própria do “neoconstitucionalismo”. A classificação, todavia, nos interessa muito pouco. Seria atribuir a pecha e correr o risco de atrair a atenção mais para o nome que para o argumento. É preciso assimilar a influência dessa concepção no pensamento jurídico contemporâneo e procurar discutir o alcance e significado da consolidação de um “Direito por princípios”. É em um contexto de *problematização* desse paradigma, com um recorte metodológico mais definido, que passamos a expor o objeto deste trabalho.

Zagrebelsky afirma algo significativo e que constitui suporte importante para a defesa de um Direito *dúctil*: o “Direito por princípios” representaria a maneira mais adequada para a interpretação e aplicação das normas jurídicas em uma sociedade plural. Em outras palavras: o protagonismo dos princípios constitucionais seria, na verdade, uma decorrência da pluralidade contemporânea. O pluralismo moderno, com

variadas formas de vida a habitar um espaço comum e a expressar distintas concepções morais, reclamaria um Direito flexível, destinado a permitir o sopesamento de “valores” fundamentais no momento de sua incidência.

Essa vinculação entre pluralidade e princípios constitui apenas *uma* das justificativas teóricas para o uso de princípios jurídicos na construção da decisão judicial. Ronald Dworkin e Robert Alexy, por exemplo, partem de outras premissas, inclusive distintas entre si, e que não consideram a pluralidade um elemento-chave para avaliar a aplicação do Direito por meio de princípios. O fato é que a afirmação de Zagrebelsky, apesar de abrigar uma resposta controversa no contexto deste trabalho, deixa em evidência a necessária formulação de uma indagação singela, mas crucial: *o que a pluralidade exige do Direito?*

Princípios jurídicos não são entidades normativas com *valor em si* e com independência dos contextos de incidência. O “Direito por princípios” representa uma formulação teórica com consequências práticas para um determinado tipo de sociedade. Por isso, é preciso pensar a aplicação do Direito *a partir* das exigências dessa sociedade; não o oposto. O Direito não está *fora* da sociedade. Daí a indispensabilidade de um questionamento complementar: em um cenário plural e multiétnico, com ínsito dissenso moral e político, seria o recurso aos princípios o modo não apenas mais adequado, mas também *capaz* de resolver, de adjudicar juridicamente conflitos nascidos na pluralidade?

Pensemos nas manifestações populares que tomaram as ruas brasileiras em meados de 2013. Antes mesmo dos protestos de junho, originados da inconformidade com o aumento da tarifa dos transportes públicos, movimentos sociais com pautas específicas já haviam organizado manifestações para expor temáticas polêmicas. A “marcha da maconha”, ao projetar a descriminalização do plantio e uso da *cannabis*, acirra o debate acerca da correção e eficácia das políticas de combate às drogas. Em outro âmbito, a “marcha das vadias”, surgida em um contexto de enfrentamento à violência contra a mulher, que não raro absorve a culpa pelas agressões sofridas, procura implodir, fragilizar e denunciar práticas machistas intensamente arraigadas no convívio social.

A mobilização organizada em torno dessas questões põe em evidência pelo menos dois aspectos: a inconformidade com a realidade política estabelecida e o

desacordo em relação à maneira mais adequada de modificá-la. Talvez o exemplo sobre a política de drogas seja mais controverso e, por isso, mais interessante. Ainda que se reconheça o problema das drogas como uma importante questão política, não há acordo sobre a posição do sistema penal nessa seara. Há divergências profundas em relação ao grau de intervenção do direito penal e, inclusive, debate-se com seriedade se deveria o direito penal ter *alguma* posição nesse assunto. Além disso, mesmo entre os que criticam a política criminal de drogas, há desacordo quanto à necessidade de uma descriminalização completa e dissensos em detalhe quanto a eventuais substâncias que deveriam seguir proibidas.

Esse dissenso moral e político, elemento basilar de sociedades pluralistas, reflete-se em diversos outros temas conduzidos ao debate público. Os próprios protestos envolvendo a mobilidade urbana, ao atrair um número significativo de pessoas para as ruas, deixou transparecer pontos de nítida divergência. O aumento da tarifa do transporte público ocasionou relevante inquietação, assim como o debate por melhorias na estrutura do sistema de mobilidade. Entretanto, a ideia do *passé livre* para estudantes e desempregados, ainda que integrasse as reivindicações dos blocos organizados, recebeu baixa adesão da parcela de cidadãos que compareceu aos protestos¹. Além do desacordo e *em razão* do desacordo, isso demonstra que a melhoria do sistema de transportes é algo dependente das *circunstâncias da política*.

Poderíamos realizar esse exercício para cada pauta suscitada pelos manifestantes. Quanto mais avançássemos, mais encontraríamos controvérsias. Muitos exigiam incremento na segurança pública. Porém, que espécie de consenso haveria na eleição dos *meios* para alcançar essa finalidade? Embora parcela significativa da população, ao pedir mais investimentos públicos, reclamasse maior presença do Estado, havia também quem idealizasse um Estado menos interventor e quem, por isso, pleiteasse a redução de impostos. Nas questões essencialmente morais, o tratamento igualitário das minorias homossexuais também foi exigido; mas a estratégia para atingir essa igualdade é o que torna delicada a discussão. E a temática do aborto, cuja disputa

¹ O IBOPE realizou entrevistas com 2.002 pessoas durante as manifestações públicas nas principais capitais do país. A principal motivação para a participação nos protestos foi, de fato, a questão do transporte público. Porém, dos 37,6% que apontaram o transporte como a principal causa para protestar, apenas 0,3% defendeu a proposta de *passé livre* para estudantes e desempregados. A pesquisa pode ser acessada no endereço eletrônico: <http://g1.globo.com/brasil/noticia/2013/06/veja-integra-da-pesquisa-do-ibope-sobre-os-manifestantes.html>. Último acesso em 05.12.2013.

moral dispensa ilustrações, voltou ao cenário político com o projeto do estatuto do nascituro.

Trata-se, portanto, de um contexto plural, em que as discussões que interessam à comunidade são realizadas *em meio* e *em consideração* a um amplo desacordo moral e político. Assim, que sentido há em afirmar que os conflitos morais e políticos que expusemos, conduzidos ao debate público por manifestantes que discordam entre si, devem ser estabilizados por meio de um Direito *dúctil*, por meio de um “Direito por princípios”? Note-se: não se está aqui a questionar o processo de positivação dos princípios no seio de um Estado Constitucional. Não é esse o ponto. O que *justifica* esta investigação é a consolidação de uma concepção que transfere para a dimensão dos princípios a adjudicação de conflitos morais e políticos e que, ao prescrever isso, *desconsidera* (ou considera de modo insuficiente) as exigências da pluralidade contemporânea.

É exatamente em torno desse aspecto que fixamos a atenção. Para enfrentar essas interrogações, não necessitamos *apenas* de uma descrição sobre as características da pluralidade moderna. É claro que é indispensável assentar o que aqui se compreende por *sociedade plural* e, para esse objetivo, reservamos a “Parte I” deste trabalho. No entanto, não seria metodologicamente adequado saltar da constatação da pluralidade para discutir o problema do uso dos princípios: seja para afirmar, na linha de Zagrebelsky, que a pluralidade exige um “Direito por princípios”, seja para prescrever, na linha do positivismo criticado por Zagrebelsky, um “Direito por regras”, seja para estabelecer qualquer outra conclusão. Faltaria algo.

Daí a necessidade de destacar outra vez a pergunta que está subjacente às reflexões desta dissertação: *o que a pluralidade efetivamente exige do Direito?* Para respondê-la, precisamos recorrer (1) a uma teoria da democracia e também (2) a uma teoria funcional do Direito, desde que ambas estejam contextualizadas na complexidade da sociedade moderna. É essa a temática da “Parte II” deste estudo.

(1) Uma comunidade política formada por indivíduos singulares, que – ao se expressarem politicamente – expressam também as suas expectativas e os seus desacordos, não deveria construir o Direito que a organiza *em consideração* a esses desacordos? Quando as manifestações populares questionam a falta de representatividade, criticam as decisões políticas em vigor, não se está a evidenciar que

são os próprios cidadãos – destinatários das decisões que os vinculam – que *devem* participar do processo de elaboração das normas jurídicas? A relevância dessas provocações nos remete ao pensamento de Jürgen Habermas, que, ao relacionar Direito e democracia, prescreve a necessidade da autolegislação democrática.

(2) Mas essa mesma comunidade política, formada por esses mesmos indivíduos singulares, não estaria repleta de possibilidades cognitivas, de inúmeras expectativas, desestruturadas e contraditórias entre si? Que funções o Direito desempenha em um cenário de complexidade e contingência, em que aqueles que interagem comunicativamente esperam coisas muito diferentes uns dos outros? Isso nos encaminha à noção de redução da complexidade no pensamento de Niklas Luhmann e, especificamente, ao atributo funcional do Direito nesse marco teórico: o Direito tem a função de estabilizar expectativas normativas de comportamento.

Recorremos a Habermas, portanto, para salientar a importância do processo de formação racional e participativa das decisões coletivamente vinculantes. Trata-se de uma visão normativa, preocupada com a legitimação democrática do sistema jurídico. O recurso a Luhmann, por sua vez, destina-se a investigar a estabilização de expectativas normativas como função primordial do Direito. Luhmann está mais interessado na descrição das operações sistêmicas e, ademais, em demonstrar as funções que o Direito desempenha em tal contexto. Essa abordagem é indispensável. É somente a partir de uma incursão em aspectos democráticos e funcionais que podemos definir *o que a pluralidade exige do Direito*.

Nesse sentido, uma vez estabelecidas essas exigências, alcançaremos a “Parte III” em condições de apreciar – *criticamente* – a consolidação do que estamos denominando “Direito por princípios”. O uso da palavra *criticamente* tem aqui uma razão muito simples: *antes do recurso aos princípios*, antes da discussão sobre *que* espécies normativas devem orientar e *como* devem orientar a aplicação do Direito, a sociedade plural impõe determinadas exigências ao sistema jurídico que a estrutura. E disso se segue uma reflexão: se o protagonismo dos princípios *violar* justamente essas exigências, sua inadequação obriga a repensá-lo.

PARTE I – A SOCIEDADE PLURAL

Imaginemos uma reunião do departamento de Filosofia do Direito de uma prestigiada universidade. São pouco mais de dez professores em volta de uma grande mesa. Em conjunto, eles precisam organizar o planejamento de determinado semestre letivo: distribuir as disciplinas e definir a carga horária; deliberar sobre o apoio a projetos de pesquisa de seus pares; estabelecer critérios para as avaliações dos discentes; decidir para qual área específica do departamento será destinada a vaga do próximo concurso público; eleger a banca para tal concurso; entre outras incontáveis atribuições, que exigem tempo e disposição para o debate. O desacordo entre eles não é a exceção, mas a regra.

Cada professor tem a sua história de vida e também uma trajetória acadêmica. Cada professor segue uma linha teórica distinta, particular. Um dos professores é discípulo de Ronald Dworkin e há muito afirma que o Direito tem *DNA* e que não há discricionariedade na decisão judicial. Outro docente, inserido na tradição kelseniana, já compreende o Direito como um sistema de normas e, quando aborda a decisão judicial, fala em molduras, atos de vontade e se distancia do construtivismo dworkiniano. O docente kelseniano costuma, ainda, desafiar argumentativamente as teses desenvolvidas pelo grupo de tradição jusnaturalista, cuja inspiração recorre aos ensinamentos da filosofia política clássica.

A depender da formação e da inclinação teórica, modifica-se a maneira como os professores enxergam o Direito e, como consequência, o modo como eles pensam idealmente o ensino jurídico. Se a reunião departamental serve para planejar o semestre acadêmico, a pluralidade de visões sobre o que é importante no estudo do Direito é também o reflexo desse profundo desacordo teórico. É evidente que as diferenças entre esses poucos professores não se limitam ao plano das ideias jurídico-filosóficas. As singularidades passam por preferências político-partidárias, questões de fé e religiosidade e até laços étnicos e culturais. Nessa mesma reunião, não seria difícil imaginar a presença de cristãos e ateus, ou de liberais e socialistas, ou de indivíduos com origens étnicas variadas.

As decisões não são apenas influenciadas pela divergência de ideias, mas também pela herança cultural e certamente pelas aspirações acadêmicas de cada um. Existe, ademais, outro aspecto fundamental: dentro desse pequeno número de docentes,

sequer há consenso no modo de compreender a função que desempenham. Entre dworkinianos cristãos, jusnaturalistas ateus, realistas liberais e positivistas socialistas, há professores com projeções e expectativas bastante distintas, estabelecendo-se diferenças no grau de dedicação às próprias atividades departamentais.

Esse cenário possui algum nível de complexidade: as pessoas não apenas são essencialmente singulares, como também possuem inclinações teóricas particulares, objetivos acadêmicos diferentes, além de distintos graus de dedicação profissional. No entanto, para os docentes, este departamento representa um mundo comum, um local para deliberar sobre assuntos afins, para planejar as ações dos próprios professores e estabelecer alguma pauta orientada aos alunos. Os membros do departamento têm de conviver, emitir decisões em nome do conjunto de docentes, construir normas que estruturam projetos futuros, ainda que – entre eles – haja as mais diversas espécies de desacordo. O importante, aqui, é a presença do *entre eles*.

Ocorre que, apesar de todo esse acervo de singularidades, o exemplo do departamento de Filosofia do Direito conserva relativa homogeneidade. Afinal, estamos tratando da mesma profissão, da mesma universidade, do mesmo nível de escolaridade. Se ampliarmos aos poucos a observação – do departamento para a faculdade, da faculdade para a universidade, da universidade para o bairro, do bairro para a cidade, da cidade para o país, e não precisaríamos parar por aqui –, veremos o grau de complexidade aumentar substancialmente. Há inúmeros grupos, indivíduos, pessoas com as mais idiossincráticas identidades, todos – da mesma forma – convivendo em um mundo comum: mais complexo, contingente e plural que o departamento de nosso exemplo, mas ainda assim um mundo comum.

Destinamos a primeira parte desta dissertação para investigar exatamente este objeto: a sociedade plural. A análise está dividida em dois capítulos complementares.

O primeiro capítulo busca um aprofundamento da noção de pluralidade, da pluralidade como condição humana, como elemento indispensável para a edificação de uma comunidade política. Aqui, o paradigma teórico é Hannah Arendt e, na medida em que surge a necessidade de estudar a afirmação jurídico-positiva da pluralidade, apoiamo-nos também no pensamento de Norberto Bobbio², especialmente em relação

² Aqui cabe uma primeira advertência. A compreensão da pluralidade humana em Hannah Arendt tem uma face ontológica que poderia tornar difícil a sua compatibilidade com o pensamento de Norberto

ao fenômeno de multiplicação dos direitos do homem. O segundo capítulo, ao pressupor o rompimento com elementos de estabilidade fundados na autoridade e na tradição, explora a complexidade, o risco e a diversidade cultural que configuram a sociedade moderna. Trata-se de uma dinâmica social não apenas baseada na pluralidade humana, mas repleta de grupos étnicos, religiosos e culturais a afirmar identidades singulares. Isso nos é ensinado por Zygmunt Bauman, Ulrich Beck e por outros pensadores do diálogo entre as culturas. Em ambos os capítulos está presente, com inspiração na obra de Jeremy Waldron, a ideia de desacordo, essencial para nosso propósito.

Esta primeira parte abre este escrito posicionando o leitor no paradigma de sociedade que orienta a sequência do trabalho. Trata-se do “pano de fundo” para abordar a problemática central, já referida na introdução. Empreende-se aqui uma abordagem essencialmente descritiva, uma apreciação – com esparsos apontamentos críticos – dos fatores que estruturam e caracterizam as comunidades políticas atuais, sobretudo na tradição ocidental. Iniciemos, pois, com reflexões acerca da ideia de pluralidade.

1. A PLURALIDADE HUMANA, A VIDA POLÍTICA E O DESACORDO

Não há vida política sem consideração à pluralidade humana. É a singularidade existente entre os homens que funda e torna possível a política³. A escolha do pensamento de Hannah Arendt para conduzir este capítulo justifica-se pela sua inigualável preocupação com o espaço da vida política na modernidade. A obra de Arendt é marcada pela referência à diferença inerente aos homens, que se manifesta no mundo comum, que se deixa evidenciar no concerto das ações. Ação política que, inspirada na singularidade, tem como premissa não o consenso, mas o dissenso, um ínsito desacordo moral e político que caracteriza a esfera pública.

Bobbio. Em Arendt, a pluralidade humana tem uma dupla característica de cunho ontológico: a igualdade e a diferença. Para uma explicação em detalhe, ver LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**, 2009, p. 151. A singularidade, na verdade, é fruto da própria condição humana. Ao mesmo tempo, e é esse o aspecto que nos interessa, Arendt compreende os direitos humanos como uma “invenção ligada à organização da comunidade política” (Ibidem, p. 134). Os direitos humanos não são dados, não são prévios à experiência política, mas são construídos politicamente. Essa compreensão nos aproxima do pensamento de Norberto Bobbio, que trabalha os direitos do homem em uma perspectiva histórica, como conquistas políticas e, por isso, dentro de uma visão que se abre ao futuro. Nesse sentido, ver OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades de. BOBBIO, Norberto, 1909-2004. In: PAULO BARRETTO, Vicente de (coord.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo: Unisinos, 2006, p. 112.

³ ARENDT, Hannah. **A promessa da política**. Trad. Pedro Jorgensen Jr. 4 ed. Rio de Janeiro: Difel, 2012, p. 144.

De outro lado, a supressão da individualidade e a dissolução da diferença representam a impossibilidade de realização da política, na medida em que há a corrosão do território de ação e liberdade que permeia a relação entre os homens. Na verdade, esvazia-se a própria relação. É esse o cenário dos regimes totalitários, retratado com peculiar sensibilidade e detalhamento por Hannah Arendt em *As origens do Totalitarismo*. É pelo avesso da pluralidade que ensaiamos as primeiras reflexões.

1.1. A antítese da pluralidade: o totalitarismo e a supressão da singularidade

A experiência totalitária, em sua tentativa de dominação total do homem, representou um modelo completamente novo de organização da sociedade. A considerar as mais diversas modalidades de regimes tirânicos e autoritários, nada pode ser comparável ao absoluto rompimento com a tradição moral, institucional e política que se evidenciou nas sociedades totalitárias do século XX⁴. Isso porque o objetivo do totalitarismo não é simplesmente apoderar-se das estruturas do Estado, com a instauração de um governo com maior ou menor grau de despotismo, fixado em uma hierarquia rígida. Trata-se, antes, de um empreendimento destinado a suprimir toda e qualquer manifestação de espontaneidade humana, de livre-iniciativa, de autonomia política e privada⁵.

Para a consecução desse objetivo, os movimentos totalitários dependem da presença de algumas condições, entre elas, a confiança das massas. Hannah Arendt observa que, tanto na ascensão do nacional-socialismo como na ascensão do stalinismo, houve a dependência do apoio das massas. Além disso, os partidos terminavam por recrutar os seus novos membros, que impulsionariam o movimento, nesse vasto grupo de indivíduos que – antes – pareciam politicamente insignificantes. Aliás, *massa* é um termo que “só se aplica quando lidamos com pessoas que, simplesmente devido ao seu

⁴ ARENDT, Hannah. **As origens do totalitarismo**. Trad. Roberto Raposo. 3ª reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 1998, p. 512. É importante mencionar que há, na visão da autora, apenas duas formas autênticas conhecidas de totalitarismo: o nacional-socialismo e a ditadura bolchevista. Em ambos, e esta peculiaridade é ressaltada por diversas vezes na obra, constata-se características totalmente novas e, por isso, dissociadas, por exemplo, das ditaduras unipartidárias.

⁵ Celso Lafer analisa a supressão da espontaneidade afirmando que o totalitarismo “gera, para alcançar este objetivo, o *isolamento* destrutivo da possibilidade de uma vida pública – que requer a ação conjunta com outros homens – e a *desolação*, que impede a vida privada”. LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**, 2009, p. 117.

número, ou à sua indiferença, ou a uma mistura de ambos, não se podem integrar numa organização baseada no interesse comum”⁶.

O aspecto da adesão e participação das massas é interessante porque denota que a pluralidade, o dissenso e a ideia política não são condições para o estabelecimento de um regime total; ou seja, é justamente na indiferença política de um grupo antes silencioso que o movimento totalitário encontra apoio. Não se trata, portanto, de um modelo construído na cuidadosa elaboração de uma ideia verdadeiramente política, em que a presença da oposição é praticamente uma decorrência inevitável. Ele se assenta, na verdade, na padronização, na apatia das massas, cuja participação na vida política sempre fora inexistente e que, assim, poderia aceitar com indiferença os novos métodos de propaganda e dominação introduzidos pelo regime.

Outro fator sublinhado por Hannah Arendt, ainda na análise da importância das massas para a consolidação do totalitarismo, é o fato de que esse fenômeno evidenciou – em favor do movimento totalitário – que a democracia “repousava na silenciosa tolerância e aprovação dos setores indiferentes e desarticulados do povo”⁷. Em outras palavras: a maioria não necessariamente representava o povo. A partir dessa premissa, e considerado o desprezo que o nacional-socialismo, por exemplo, nutria pelo parlamento, a propaganda totalitária desafiou a instituição do governo parlamentar, a fim de desmoralizá-la diante da população, minando a sua confiança e dignidade⁸. O Estado legislativo, cuja heterogeneidade e ambivalência não interessavam ao novo regime, perdia qualquer traço de soberania⁹.

⁶ ARENDT, Hannah. **As origens do totalitarismo**, 1998, p. 361.

⁷ ARENDT, Hannah. **As origens do totalitarismo**, 1998, p. 362.

⁸ ARENDT, Hannah. **As origens do totalitarismo**, 1998, p. 362. O assalto totalitário aos parlamentos, conduzidos ao descrédito em um momento de crise de legitimidade da política-partidária, constitui experiência, com ressalva às diferenças abissais entre os momentos históricos, motivadora de reflexões sobre o desânimo atual com a democracia representativa, em especial no caso brasileiro. O ano de 2013, conforme já adiantado na introdução a este trabalho, está marcado por manifestações populares no país, que culminaram – em não tão raros casos – em situações de invasão a casas legislativas. É traço sintomático que a invasão aos parlamentos por determinados grupos políticos minoritários não tenha causado reação contestatória substancial da sociedade, dos partidos, da opinião especializada, da imprensa. Não que haja um horizonte totalitário no Brasil com o desprestígio da política, mas o estabelecimento de um consenso de descrença na política, com aceitação apática à tomada de câmaras e assembleias, alerta – ainda que sutilmente – para o perigo de relegar o parlamento à insignificância, como algo não apenas espúrio, mas dispensável.

⁹ Uma das críticas mais agudas direcionadas ao Estado legislativo, fundado em um sistema de legalidade, com normas constituídas antecipadamente, foi formulada por Carl Schmitt em *Legalidade e Legitimidade*, livro do ano de 1932, contemporâneo à ascensão do nazismo e anterior à consolidação dos regimes totalitários. Ver SCHMITT, Carl. **Legalidad y Legitimidad**. Granada: Editorial Colmares, 2006, p. 03.

Nesse sentido, o movimento totalitário, apoiado por indivíduos destituídos de qualquer laço político comum, seguia na consolidação da condição mais essencial para a sua implantação: a atomização da sociedade, com a destruição – pelo isolamento – da possibilidade de conservação da identidade, da individualidade. O totalitarismo não pode tolerar o florescer da criatividade e a existência de livre-iniciativa, pois o domínio total não consiste apenas no esvaziamento da esfera pública, mas também na ausência de sentido da vida privada, que não escapa ao controle do regime. Daí a perseguição desenfreada às formas de expressão da intelectualidade e do talento¹⁰, já que a uniformidade e a lealdade irrestrita não se adéquam à liberdade crítica e reflexiva, que apenas pode surgir na espontaneidade.

Rejeitada a consideração à diferença, o modelo totalitário baseia-se, pois, na igualdade; porém, não em uma igualdade de direitos, mas na igualdade por natureza. Em palavras singelas: os arianos eram considerados profundamente iguais por natureza, o que os diferenciava com ainda mais intensidade dos outros povos¹¹. Nesse marco de equalização do humano, o Direito assume funções peculiares, distintas, todavia, da estabilização, previsibilidade e sistematicidade que costumamos enxergar nas raízes dos ordenamentos jurídicos modernos. Hannah Arendt apresenta o Direito nazista como algo amorfo, não sistemático, absolutamente instável. Conforme observamos em linhas anteriores, se o objetivo é domesticar o indivíduo, os primados da legalidade¹² não podem constituir alicerce para o Direito¹³ totalitário. Por isso, não causa espanto a

¹⁰ ARENDT, Hannah. **As origens do totalitarismo**, 1998, pp. 388-389. Nas palavras da autora, que imputa ao pensamento burguês da época, centrado no individualismo e no consumo, uma parcela de responsabilidade no advento do totalitarismo, “nada foi tão fácil de destruir quanto a privacidade e a moralidade pessoal de homens que só pensavam em salvar suas vidas privadas”.

¹¹ ARENDT, Hannah. **As origens do totalitarismo**, 1998, p. 410.

¹² Costuma-se associar o nazismo a uma experiência respaldada pela legalidade, mas ilegítima. Isso porque, de fato, havia ordem jurídica e, em uma perspectiva positivista, uma ordem jurídica válida. Por *primados da legalidade*, no rastro de Hannah Arendt, não queremos nos referir simplesmente à existência de um conjunto de leis. A legalidade, no sentido ora empregado, tem o objetivo de limitar o arbítrio e permitir o desenvolvimento da autonomia do indivíduo, que, ao tomar em conta normas prospectivas, gerais e abstratas, pode planejar suas ações sem tornar-se objeto da ordem jurídica. Ver LAPORTA, Francisco J. **El imperio de la ley: una visión actual**. Madrid: Trotta, 2007, p. 81.

¹³ Não pretendemos adentrar aqui, embora seja recomendável fazer a referência, no infundável debate entre positivistas e jusnaturalistas sobre a relação entre a injustiça extrema do totalitarismo e a validade dessa ordem como ordem jurídica, como Direito verdadeiramente válido, debate que ilustra a clássica discussão da conexão necessária (ou a ausência dela) entre Direito e Moral. Portanto, seguiremos chamando de “Direito” os comandos normativos oriundos do totalitarismo, sem que isso implique, necessariamente, adesão à tese positivista (ao menos na perspectiva de Kelsen) de que todo conteúdo pode ser Direito. Para uma boa compreensão da polêmica, ver OLLERO, Andrés; GARCIA AMADO, Juan Antonio; DEL LLANO, Cristina Hermida. **Derecho y moral: una relación desnaturalizada**. Madrid: Fundación Colóquio Jurídico Europeo, 2012.

proliferação de leis penais retroativas no nacional-socialismo, tampouco a prevalência das “confissões” no bolchevismo¹⁴.

A institucionalização do poder é uma ameaça para o totalitarismo porque permite a criação de alguma estrutura e, com ela, de relativa estabilidade. O regime não é calcado em relações hierárquicas previsíveis e com tendência à organização normativa (por isso sua distinção, apresentada no início deste capítulo, em relação a modalidades de autoritarismo), mas na permanência do movimento, na dinamicidade do comando do líder, no exercício absoluto do arbítrio, que – inclusive – tende a propiciar a renovação da escolha do inimigo¹⁵. Nessa perspectiva, Celso Lafer¹⁶ menciona que a lei positiva, no totalitarismo, não serve de diretriz objetiva para a estabilização de expectativas de comportamento; como lei de movimento, importa mais a decisão que a norma, em uma exacerbação, segundo Lafer, de uma postura decisionista¹⁷.

Esse traço é fundamental porque relaciona o objeto de nossa análise – a pluralidade – com a ausência completa de previsibilidade. Na verdade, a antítese da pluralidade, no seio da homogeneidade buscada pelo totalitarismo, tem espaço em um cenário de absoluta insegurança, em que a figura da norma, de fato, não possui qualquer relevância, em que não há preocupação com as expectativas dos indivíduos, mas, pelo contrário, com a manutenção da sua sujeição ao regime a partir do isolamento. Não é que não houvesse normas no Estado nazista, por exemplo. Havia muitas. As leis, todavia, serviam à imprevisibilidade e à arbitrariedade do regime. Eram leis de movimento. Não se está a falar, portanto, na substituição de um sistema de legalidade por outro, mas – essencialmente – na própria destruição da legalidade¹⁸.

É interessante a observação de Hannah Arendt de que esse amorfismo jurídico encontra justificativa na confusão entre lei e ética, que representariam a mesma coisa¹⁹;

¹⁴ ARENDT, Hannah. **As origens do totalitarismo**, 1998, p. 402.

¹⁵ ARENDT, Hannah. **As origens do totalitarismo**, 1998, p. 414 e p. 474.

¹⁶ LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**, 2009, p. 97.

¹⁷ Para compreender o decisionismo jurídico, tendo como marco o pensamento de Carl Schmitt, ver MACEDO JR., Ronaldo Porto. **Carl Schmitt e a fundamentação do Direito**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 105. Dada a essencialidade da referência, as palavras do autor: “O decisionismo institucionalista schmittiano consiste nesse sistema de imbricação e dependência, que combina o elemento ocasional da decisão originária (da soberania ou da instituição) com a dinâmica de criação de valores e conteúdos do jogo institucional”.

¹⁸ LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**, 2009, p. 97. Lafer acrescenta, reportando-se naturalmente a Hannah Arendt, que se tratava de aplicar a lei (da História ou da Natureza) diretamente à humanidade, sem consideração à experiência humana.

¹⁹ ARENDT, Hannah. **As origens do totalitarismo**. 1998, p. 444.

isto é, firma-se a presunção de que a lei vigente identifica-se com a ética comum e, a partir daí, a publicidade das normas já não é mais um valor, os verdadeiros comandos são ditados em segredo²⁰ e o avanço do poder total não encontra limites. Note-se, uma vez mais, que a antítese da pluralidade termina por depender de uma ficção, e a coerência obsessiva do totalitarismo é uma ficção²¹, de que há um senso ético comum, compartilhado e cuja essência as lideranças naturalmente captam²². Dentro dessa lógica, por óbvio, as vítimas do totalitarismo, fora do âmbito de igualdade almejado pelo movimento, não poderiam integrar esse mundo ético comum.

Perceba-se, apenas para registrar, a relação entre o sistema de legalidade, próprio do Estado de Direito, formado essencialmente por regras limitadoras do poder político e orientadoras da conduta dos indivíduos, e o seu avesso, e a ordem que – para a promoção do horror e da homogeneização – dispensa todo limite normativo. Nessa linha, cabe sublinhar a observação de Arendt no sentido de que a “legalidade totalitária” visa a encontrar um meio de estabelecer a lei da justiça na terra, algo inalcançável para a legalidade positiva²³, já que esta, em consideração à singularidade e mutabilidade humanas, jamais poderá ser completa, ainda que carregue uma pretensão de estabilidade. O Direito totalitário, por sua vez, pretende estabilizar os homens suprimindo a sua individualidade, por meio do terror, no intento de estabelecer um absoluto padrão de justiça²⁴.

Cuida-se da tentativa constante de eliminar a espontaneidade humana, de tornar o homem um ente supérfluo, que manifesta o seu ápice na prática dos campos de concentração. As palavras de Hannah Arendt são insubstituíveis na descrição dessa empreitada totalitária, advertindo que, para além do extermínio e da degradação de

²⁰ ARENDT, Hannah. **As origens do totalitarismo**, 1998, p. 453.

²¹ ARENDT, Hannah. **As origens do totalitarismo**, 1998, p. 441.

²² Neste ponto, cabe uma advertência. Em Habermas, cujo marco teórico integra este trabalho, também há um senso ético comum e compartilhado. Todavia, a verdade – para ele – é uma verdade pragmática, buscada nas relações intersubjetivas orientadas pelo entendimento. O espaço de manifestação desse senso ético compartilhado é, todavia, a esfera pública, na comunicação entre os participantes. Em síntese: não é que refutemos a existência de um senso ético comum. Não é isso. A questão é *como* ele se manifesta e *como* ele é captado e, inclusive, aplicado.

²³ ARENDT, Hannah. **As origens do totalitarismo**, 1998, pp. 514-515.

²⁴ Esse traço totalitário é distintivo e merece realce. A pretensão do totalitarismo não é a injustiça. Existe, na verdade, o horizonte de um padrão ético absoluto, mesclado à crença de que é possível a sua realização na terra. A fase panfletária e talvez contingente do pensamento de Carl Schmitt, quando já inserido no nacional-socialismo, denuncia isso. Em *O Führer protege o Direito*, Schmitt mostra como o discurso de Hitler privilegia um direito substancial, não separado da eticidade e justiça, em oposição a uma vazia legalidade. Ver SCHMITT, Carl. *O Führer protege o Direito*. In: MACEDO JR., Ronaldo Porto. **Carl Schmitt e a fundamentação do Direito**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 177.

peças, os campos de concentração “servem à chocante experiência da eliminação, em condições cientificamente controladas, da própria espontaneidade como expressão da conduta humana, e da transformação da personalidade humana em uma simples coisa”²⁵. Os campos de concentração, isolados e alheios ao mundo exterior, materializam a possibilidade de simplificação da pluralidade, de redução abrupta da identidade e da diversidade, por meio do exercício da mais completa arbitrariedade, da prática do terror, que conduz o homem ao esquecimento, à irrelevância²⁶.

O campo de concentração, seguindo a linha do ineditismo da realidade totalitária, não pode ser comparado à escravidão, ao trabalho forçado, à prisão, ao banimento. A escravidão, por exemplo, instituição que por muito tempo conservou sua existência, apesar de se fundar na sujeição, estabelece uma relação de propriedade, de precificação, de fixação de um valor pelo escravo, reduzido à condição de objeto, mas não necessariamente “distante dos olhos do mundo”²⁷. A prisão, em regra, não envolve a perda de qualquer direito de disposição sobre o próprio corpo. O banimento do indivíduo de uma determinada comunidade política, com maior razão, está muito distante do horror do isolamento do campo de concentração, pois há – no banimento – apenas um processo de desvinculação da origem²⁸.

Tornar o homem supérfluo passa, nessa senda, pela adoção e efetivação de métodos de supressão da dignidade humana. Na medida em que a dignidade relaciona-se à manutenção da individualidade na construção de um mundo comum²⁹, o totalitarismo passa a perseguir a sua destruição. Os campos de concentração destinam-se precipuamente a essa tarefa. O amontoado de corpos indistintos, as cabeças raspadas, a padronização da vestimenta, a utilização de métodos cruéis de tortura³⁰, a manipulação indiscriminada do corpo humano – isto tudo sem que tenha havido qualquer crime, isto

²⁵ ARENDT, Hannah. **As origens do totalitarismo**, 1998, pp. 488-489.

²⁶ ARENDT, Hannah. **As origens do totalitarismo**, 1998, p. 493. Arendt afirma: “O verdadeiro horror dos campos de concentração e de extermínio reside no fato de que os internos, mesmo que consigam manter-se vivos, estão mais isolados do mundo dos vivos do que se tivessem morrido, porque o horror compele ao esquecimento”.

²⁷ Ver VILLEY, Michel. **O direito e os direitos humanos**. Tradução: Maria E. de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 92. Sobre a escravidão, Villey anota que, na Roma antiga, no *Corpus Juris Civilis*, de fato o escravo não detinha direitos, mas isso não era exclusividade sua: também não tinham direitos a mulher casada em certos casos, os filhos quando o pai ainda estivesse vivo, entre outras categorias. Villey ainda acrescenta que os textos legais não concediam aos senhores poderes absolutos sobre os escravos; não podiam, por exemplo, matá-los quando quisessem.

²⁸ Celso Lafer descreve com detalhamento esse artifício comparativo. Ver LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**, 2009, p. 107.

²⁹ ARENDT, Hannah. **As origens do totalitarismo**, 1998, p. 509.

³⁰ LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**, 2009, p. 111.

tudo em um contexto injustificado de arbítrio e acaso – ilustram um processo de transformação da pessoa humana em algo definitivamente supérfluo, em algo destituído de personalidade, sem reconhecimento (também jurídico) algum.

É nesse sentido que podemos, para concluir, indagar: o que é, afinal, o avesso da pluralidade? A resposta, já fornecida linhas acima, pode ser sintetizada da seguinte maneira: é a busca pela sistematização e categorização da singularidade humana, no anseio da consolidação de um projeto de homem único, homogêneo. Essa foi a essencial finalidade dos movimentos totalitários, que, para tanto, investiram no apoio de massas destituídas de laços comuns, na atomização e isolamento dos indivíduos, na supressão da espontaneidade a partir do horror dos campos de concentração. A lei, nesse contexto, não tem outra função além de permitir a mais absoluta arbitrariedade. A vida ou a morte dependem unicamente de uma decisão política³¹, inspirada na ideia de que é possível a realização da justiça (absoluta) na terra.

É neste cenário que o Direito não possui qualquer autonomia³² e o indivíduo – conduzido à insignificância – já não concebe um mundo comum, tampouco experimenta a ação política livre.

1.2. A afirmação da pluralidade: o reconhecimento da singularidade humana

A derrocada dos regimes totalitários fez emergir o compromisso político alicerçado no reconhecimento da singularidade do indivíduo, na necessidade de proteção da pessoa humana. Se a insignificância do homem foi o cerne da experiência totalitária, baseada na irrelevância de termos como *reconhecimento* e *diferença*, o término do domínio total (re) cria uma atmosfera política cujo objetivo é preservar um mundo comum fundado no respeito à pluralidade. Nesse contexto, dois aspectos podem ser observados em tal processo: (1) a afirmação da pluralidade como condição do mundo político; (2) o reconhecimento jurídico da singularidade a partir da consolidação dos direitos do homem.

³¹ ARENDT, Hannah. **As origens do totalitarismo**, 1998, p. 459.

³² “O Direito é aquilo que é bom para o povo alemão”. Ver a origem e explicação dessa frase em ARENDT, Hannah. **As origens do totalitarismo**, 1998, p. 408.

1.2.1. A condição humana da pluralidade e o mundo político comum

A condição para a construção de uma vida política comum é a pluralidade³³. Hannah Arendt explica: “a pluralidade é a condição da ação humana pelo fato de sermos todos os mesmos, isto é, humanos, sem que ninguém seja exatamente igual a qualquer pessoa que tenha existido, exista ou venha existir”³⁴. Cada indivíduo, em sua particularidade, está condicionado pela existência de outros indivíduos, também particulares, mas que vivem juntos e testemunham uns o caminhar dos outros. A ação, nesse sentido, é exclusividade do ser humano e não se materializa isoladamente, mas na dependência da presença de outros³⁵.

A preocupação de Hannah Arendt em preservar a pluralidade a faz – em um dos trechos que nos desperta peculiar atenção³⁶ – alertar para a alteração do sentido da igualdade, que passaria da consideração política para um fato social; isto é, da igualdade de direitos, possível de mensurar com critérios, para uma igualdade ínsita, como qualidade inata de todo indivíduo. O perigo reside exatamente nesta não diferenciação: se o “normal” é ser igual aos outros, aquele que é diferente já está fora da normalidade, é “anormal”. Esse tipo de exacerbação (ou naturalização) da igualdade pode conduzir precipuamente a situações de intolerância à diferença. Daí a afirmação da igualdade de direitos: todos os indivíduos, ainda que diferentes, possuem direitos iguais e, assim, participam na vida pública com a mesma dignidade.

A diferença entre os homens, portanto, é o pressuposto fundamental; e a função da política é justamente organizar os diferentes, permitir que pessoas singulares compartilhem um espaço comum³⁷. Não existe, na concepção de Arendt, uma natureza política do humano. A política não existe dentro do homem (que, nesse sentido, é apolítico). Ela surge *entre* os homens³⁸. A comunidade política é, nessa seara, formada por pessoas com concepções acerca da verdade, do belo, do justo; todavia, o justo, por exemplo, é percebido e imaginado de modo inteiramente distinto por cada indivíduo³⁹. A impossibilidade de apreensão do *absoluto* (da justiça absoluta, da verdade absoluta)

³³ ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008, p. 15.

³⁴ ARENDT, Hannah. **A condição humana**, 2008, p. 16.

³⁵ ARENDT, Hannah. **A condição humana**, 2008, p. 31.

³⁶ Trata-se da análise sobre a origem do antissemitismo na Europa, no ponto em que se questiona a aproximação do judeu à igualdade. Ver ARENDT, Hannah. **As origens do totalitarismo**. 1998, p. 76.

³⁷ “A política organiza os absolutamente diferentes, tendo em vista a sua relativa igualdade e em contraposição a suas relativas diferenças”. ARENDT, Hannah. **A promessa da política**, 2012, p. 147.

³⁸ ARENDT, Hannah. **A promessa da política**, 2012, p. 146.

³⁹ ARENDT, Hannah. **A promessa da política**, 2012, p. 43.

justifica a ação entre os homens para o estabelecimento de padrões políticos que permitem a convivência. Onde o *absoluto* se torna realizável, algo capaz de concretude, já não há mais lugar para a ação política.

Essa possibilidade de agir politicamente significava, para os gregos, dentro da ideia de viver na *polis*⁴⁰, que os assuntos comuns eram decididos por meio de palavras e persuasão. O uso da violência reservava-se para as instâncias pré-políticas, como a família⁴¹. É claro que a organização da vida política por meio da persuasão e do discurso apenas pode sobreviver quando há um número bastante restrito de cidadãos⁴², mas esse afastamento da violência como meio de decidir os assuntos públicos representa traço fundamental no desenvolvimento da noção da esfera política e da consideração à intersubjetividade. Isso porque “é com palavras e atos que nos inserimos no mundo humano”⁴³.

É por meio da ação⁴⁴ e do discurso que os homens revelam a sua identidade e, assim, a sua pluralidade. Isso apenas é possível em uma circunstância de vida em conjunto, no estabelecimento de uma *relação*, jamais na condição do isolamento⁴⁵. A ação consiste sempre na capacidade de iniciar um processo. Como o ato realizado nunca é alheio a uma teia de relações e, por isso, vincula-se a outras inúmeras ações, a outros tantos atos, o processo iniciado é sempre causador de outros processos, de modo que a ação, em si, é despida de limites, foge a um campo determinado de circunstâncias⁴⁶. Por isso, o corpo político abarca o inusitado, de maneira que não é possível construir – sequer por meio de estruturas legais – uma forma de domesticar essa ação que se origina dentro do seio político. O agir humano traz consigo a inovação, a possibilidade do começo; e como essa ação alia-se a outras, o espectro de previsibilidade torna-se frágil.

⁴⁰ Não é nosso objetivo explorar as características da *polis* grega, o que demandaria estudo aprofundado de filosofia política clássica. Basta, para o objetivo ora traçado, destacar a importância, para os gregos, da esfera pública, do mundo comum e, nele, do exercício do discurso.

⁴¹ ARENDT, Hannah. **A condição humana**, 2008, pp. 35-36.

⁴² ARENDT, Hannah. **A condição humana**, 2008, p. 52.

⁴³ ARENDT, Hannah. **A condição humana**, 2008, p. 189. Na sequência do pensamento, Arendt acrescenta: “se a ação, como início, corresponde ao fato do nascimento, se é a efetivação da condição humana da natalidade, o discurso corresponde ao fato da distinção e é a efetivação da condição humana da pluralidade; isto é, do viver como ser distinto e singular entre iguais” (p. 191).

⁴⁴ Na verdade, e tendo em conta a proposta metodológica desta dissertação, passamos da centralidade da *ação* (em Arendt) para a centralidade da *comunicação* (em Habermas e também em Luhmann), conforme se observará na “Parte II”.

⁴⁵ ARENDT, Hannah. **A condição humana**, 2008, p. 201.

⁴⁶ ARENDT, Hannah. **A condição humana**, 2008, p. 203.

No entanto, a formação da esfera pública, no âmago desse quadro intrincado de ações, exige a criação de condições para a sua durabilidade e permanência; ou seja, em meio ao imprevisível que caracteriza o entrelaçar de histórias de vida, deve haver um elemento que organize o mundo político e permita o convívio entre as pessoas, preservando o espaço de ação e, inclusive, limitando as possibilidades de ação. Para Hannah Arendt, o significado da política é a liberdade⁴⁷ e, para a garantia da liberdade, a lei representa aspecto fundamental⁴⁸. O que possibilita a existência da esfera política é a lei. Para explicar essa ideia, Arendt recorre à concepção de lei dos gregos (a lei mural⁴⁹): a sua existência, na verdade, permite organizar a ação política e distinguir o público e o privado. “Toda lei cria, antes de tudo, um espaço no qual é válida, espaço que é o mundo no qual podemos nos mover em liberdade”⁵⁰. Cuida-se aqui, vale reiterar, da liberdade *entre* os homens.

O território do discurso e da ação é, como já sublinhado, marcado pela incerteza; por conseguinte, os problemas que decorrem da ação não se relacionam à mera cognição. Eles são resolvidos na contingência própria da esfera pública. Hannah Arendt destaca que a redução da incerteza (o recurso contra a irreversibilidade) passa pelas figuras da promessa e do perdão (a capacidade humana de se obrigar e se desobrigar). O perdão consiste em desfazer atos do passado; a promessa, em criar, “no futuro, que é por definição um oceano de incertezas, certas ilhas de segurança, sem as quais não haveria continuidade, e menos ainda, durabilidade”⁵¹ nas relações humanas. A emissão de uma promessa, assim como a elaboração de um pacto, permite a extensão do poder presente para o futuro, possibilitando que indivíduos ajam em concerto, unam-se não pela ausência de desacordo, mas pela existência de um propósito comum⁵². Trata-se,

⁴⁷ ARENDT, Hannah. **A promessa da política**, 2012, p. 161.

⁴⁸ “O que hoje entendemos por governo constitucional, seja monárquico ou republicano, é essencialmente um governo controlado pelos governados e limitado em seus poderes quanto ao uso da força”. Tudo isso é justificado em nome da liberdade. Ver ARENDT, Hannah. **A promessa da política**, 2012, p. 201.

⁴⁹ A lei mural, na sua função de constituir e estabelecer as fronteiras da esfera pública, exerce a função fundamental de separar o público e o privado, de permitir não apenas o funcionamento dos negócios públicos, mas o desenvolvimento da família na propriedade. Ver ARENDT, Hannah. **A condição humana**, 2008, p. 203.

⁵⁰ ARENDT, Hannah. **A promessa da política**, 2012, p. 253.

⁵¹ ARENDT, Hannah. **A condição humana**, 2008, pp. 248/249.

⁵² ARENDT, Hannah. **A condição humana**, 2008, p. 256/257. Temos consciência de que o termo “propósito comum”, em referência a uma comunidade, enseja uma discussão teórica muito mais aprofundada do que a que pretendemos fazer aqui em relação a este ponto. “Mundo comum” e “propósito comum” são utilizados, neste trabalho, no sentido *limitado* de assentar a ideia de que determinadas disputas morais da comunidade devem ser resolvidas no contexto de ação e discurso que caracteriza a política. E a política, por sua vez, apesar de estar constituída no dissenso, alicerça-se em um “espaço comum”, em que as decisões devem ser tomadas *em consideração* à singularidade do indivíduo. Para os

portanto, de uma estratégia para conferir estabilidade e durabilidade ao mundo contingente da ação política.

Observamos, até aqui, a consolidação da singularidade, a afirmação da preservação da dignidade humana⁵³ em um contexto de edificação de um mundo político, de um mundo comum. A ênfase na ação e no discurso denota o reforço à singularidade, na medida em que o homem – refutado o isolamento – revela a sua identidade no concerto das ações, no espaço compartilhado de exercício da liberdade. É por essa razão que a supressão da individualidade passa sempre pela eliminação da esfera pública⁵⁴. Nesse contexto, afirmar a dignidade humana como condição para a vida política, como elemento central da organização da comunidade, consiste em afirmar – antes – a preservação da esfera pública, do espaço de ação *entre* os homens. Na concepção de Hannah Arendt, interpretada por Celso Lafer, “o processo de asserção dos direitos humanos, enquanto invenção para a convivência coletiva, exige um espaço público”⁵⁵.

1.2.2. O reconhecimento jurídico da pluralidade: os direitos do homem

Se há algo que tem balizado a experiência jurídica contemporânea, que tem estabelecido o molde dentro do qual discutimos, são os direitos do homem⁵⁶. Mais do que reclamado uma efetividade imediata, os direitos humanos têm representado um

objetivos deste trabalho, entendemos que essa explicação é suficiente. Todavia, não se desconhece a estreita relação dessa questão com a ideia de *eticidade*. Para uma concepção formal de eticidade, pós-tradicional e fundada na noção de reconhecimento, ver HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento**. A gramática moral dos conflitos sociais. Trad. Luiz Repa. São Paulo: editora 34, 2003, pp. 278-279.

⁵³ A noção de dignidade humana, no sentido de redução dos grupos humanos a uma categoria que os defina em essência, é construção relativamente recente, com fundamento – é verdade – no caminho da história e da filosofia. Fábio Konder Comparato divide a construção do conceito de pessoa humana em três fases históricas: na filosofia grega, no cristianismo e na filosofia de Kant. Ver COMPARATO, Fábio Konder. **Ética: direito, moral e religião no mundo moderno**. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p. 453.

⁵⁴ ARENDT, Hannah. **A condição humana**, 2008, p. 233.

⁵⁵ LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**, 2009, p. 107.

⁵⁶ Adota-se aqui a perspectiva de Norberto Bobbio sobre os direitos do homem, entendidos, assim, dentro de um processo histórico de conquistas sociais e políticas e que, justamente por ser histórico e dinâmico, pode comportar novas demandas. Nas palavras do autor, ao referir-se ao reconhecimento jurídico dos direitos humanos: “a Declaração Universal representa a consciência histórica que a humanidade tem dos próprios valores fundamentais na segunda metade do século XX. É uma síntese do passado e uma inspiração para o futuro: mas as suas tábuas não foram gravadas de uma vez para sempre”. BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 10ª reimpressão. Tradução: Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 33. A visão de Bobbio sobre os direitos do homem não passa pela inquietação jusnaturalista acerca da essência última desses direitos, com independência da história e dos modelos de Estado. Sobre o direito como produto dos homens e da atividade política, não como uma entidade natural, ver FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y democracia en el pensamiento de Norberto Bobbio**. DOXA, Cuadernos de Filosofía Del Derecho, 28(2005), p. 34.

paradigma para o diálogo político: ao mesmo tempo em que nascem, conforme assentávamos, na esteira da ação política, os direitos do homem irradiam-se pelo mundo público a fim de definir aquilo que a atividade política pode dispor; isto é, cria-se uma linguagem própria, fundada na existência de parâmetros ético-jurídicos elementares.

Nosso objetivo não é, neste passo, discorrer filosoficamente sobre a origem dos direitos humanos ou mesmo adentrar no problema de sua eficácia ou efetividade. A abordagem que confere sentido ao capítulo centra-se na afirmação jurídica da singularidade, no compromisso político de preservação – com pretensão de universalidade⁵⁷ – da pessoa humana como expressão da pluralidade. A história de construção dos direitos humanos detém uma amplitude que, por ora, não nos é possível captar. Entretanto, como abrimos este trabalho descrevendo a antítese da pluralidade, ilustrada pela experiência totalitária, é pertinente sublinhar que, finda a Segunda Guerra Mundial, “a humanidade compreendeu, mais do que em qualquer outra época da História, o valor supremo da dignidade humana”⁵⁸. É lugar comum mencionar, para além da Declaração Universal de 1948⁵⁹, a proliferação de constituições com vinculação axiológica explícita, com menção a princípios de igualdade, liberdade, solidariedade, moralidade, dignidade.

Desse conjunto de princípios orientadores e inspiradores da experiência política, muitos deles desenvolvidos pela dogmática dos direitos humanos ou fundamentais⁶⁰, decorrem outros direitos, também elevados à categoria fundamental. No espaço da ação política, em um processo constante de reconhecimento de novas facetas da individualidade, emergem inúmeros direitos. Não se trata somente de reconhecer politicamente a expressão da singularidade de determinado grupo de pessoas, por exemplo. A força da pluralidade é tão presente no Direito contemporâneo que há sempre

⁵⁷ BIELEFELDT, Heiner. **Filosofia dos Direitos Humanos**. Trad. Dankwart Bernsmüller. São Leopoldo: UNISINOS, 2000, p. 61. A universalidade dos direitos humanos tem dupla origem, diz o autor: “provém da cada vez maior (real) aproximação entre países, povos e culturas e, ao mesmo tempo, exprime a ideia (normativa) de universalidade da dignidade humana, na qual se originam as modernas reivindicações emancipacionistas nas áreas política e jurídica”.

⁵⁸ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. VII edição. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 68.

⁵⁹ Para um comentário sobre o conteúdo e sobre a força jurídica do documento, ver COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. VII edição. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 237.

⁶⁰ Não desconhecemos a utilidade da distinção que se costuma fazer entre direitos humanos, como algo pré-positivo, e direitos fundamentais, como algo já inserido em uma determinada ordem jurídica; por isso, ao olhar para a Constituição brasileira, por exemplo, costumamos falar em direitos fundamental à liberdade, à igualdade, à saúde, etc. Aqui, no entanto, não seremos tão rigorosos e utilizaremos os termos “direitos do homem”, “direitos humanos” e “direitos fundamentais” para tratar do mesmo objeto, até porque – na adoção da perspectiva de Bobbio – não há espaço para fundamentos pré-positivos.

uma pauta política a clamar pela incorporação de novas categorias no campo de abrangência dos direitos do homem.

Norberto Bobbio chama esse fenômeno de multiplicação dos direitos do homem⁶¹. Uma espécie de multiplicação por especificação. Aqueles que se dedicam ao estudo dessa temática estão acostumados com a noção de gerações ou dimensões dos direitos humanos⁶². Muito possivelmente, em consideração ao aspecto quantitativo e qualitativo dos bens, dos titulares, do contexto social determinado, não haja um limite categórico para o número de dimensões desses direitos. Entretanto, há uma transformação, essencialmente a mais interessante para a nossa tarefa, que parece abrigar-se em certo consenso: a do homem em abstrato para o homem individualizado, em concreto.

Na compreensão, em dado momento histórico, da exclusividade dos direitos de liberdade, estava-se a cuidar simplesmente do homem em abstrato, de direitos concedidos a todos e em caráter negativo, para a proteção de um espaço privado de exercício da liberdade – o que, sem dúvida, direcionava-se a todos os indivíduos, sem diferenciação. Na verdade, *direciona-se*, porque não estamos falando de uma fase que passou: os direitos de liberdade representam uma conquista fundamental, cuja preservação mostra-se indispensável no intuito de evitar abusos dos poderes públicos contra *todos* os homens.

O fato é que surgiu uma segunda dimensão e, na ascensão dos direitos políticos e sociais, deixou-se o enfoque na abstração para que se pudesse observar a especificidade. O homem passa a ser visto em suas mais diversas categorizações, ora relativas ao

⁶¹ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**, 2004, pp. 62-63. É importante destacar que Bobbio divide o fenômeno de multiplicação dos direitos do homem em três processos distintos, mas complementares: o primeiro relaciona-se ao aumento da quantidade de bens tutelados; o segundo, à extensão da titularidade de alguns direitos; o terceiro vincula-se à especificação propriamente dita (cujas características nos interessam mais) do homem, em suas diversas maneiras de ser na sociedade.

⁶² Ver, sobre as gerações de direitos humanos, PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. **Las generaciones de derechos humanos**. Revista Del Centro de Estudios Constitucionales. Número 10. Septiembre-Diciembre, 1991. Esse artigo é um exemplo de que a classificação em torno de gerações/dimensões dos direitos humanos, ainda que possa fornecer alguma orientação mais precisa, sobretudo em relação à passagem da primeira para a segunda dimensão, não é exaustiva e pode contemplar, nas gerações subsequentes, uma gama de direitos indeterminados. Pérez-Luño destaca que a terceira geração de direitos humanos contempla, entre outros, o direito à paz, o direito à qualidade de vida e o direito à liberdade informática, profunda e diretamente influenciados pela revolução tecnológica. Como estratégia de fundamentação, o autor associa a primeira geração ao valor da liberdade; a segunda, à igualdade; a terceira, à solidariedade.

gênero, à condição econômica, à idade, etc.⁶³ Em outras palavras, com o advento dos direitos sociais, surgem também direitos específicos para as mulheres, para o idoso, para a criança, para pessoas com algum tipo de deficiência física, entre tantos outros grupos que passaram a orientar a preocupação estatal. Daí, evidentemente, a paralela necessidade de que – junto ao reconhecimento jurídico da singularidade de determinados grupos – aumentasse a intervenção estatal. Passa-se, nesse contexto, de um Estado que não intervém, nada promove e que apenas assegura a liberdade dos indivíduos em termos de igualdade geral, para um Estado provedor⁶⁴, um Estado Social.

Bobbio atenta, no intuito de ilustrar esse fenômeno, para o conteúdo das cartas de direitos da segunda metade do século XX⁶⁵: Convenção sobre os Direitos Políticos da Mulher, Declaração da Criança, Declaração dos Direitos do Deficiente Mental, Assembleia sobre os Direitos dos Anciãos, etc. No âmbito interno, para falar do direito brasileiro, essa especificação multiplicada evidencia-se no Estatuto da Criança e do Adolescente, no Código de Defesa do Consumidor, no Estatuto do Torcedor, no Estatuto do Idoso, entre tantos outros diplomas legais que demonstram que o fenômeno da multiplicação dos direitos do homem constitui uma realidade. É claro que não é uma realidade imune a reflexões críticas de cunho teórico e prático⁶⁶, mas se quisermos descrever o direito positivo brasileiro (e, como vimos, o plano internacional) não podemos ignorar a proliferação de bens tutelados e também de titulares de direitos, elevados – não raro – ao *status* de direitos fundamentais.

Dessa maneira, portanto, organizam-se os modernos ordenamentos jurídicos. Observe-se que não se cuida apenas de um compromisso político, da necessidade de preservar a pluralidade para que a política funcione exatamente *em razão e para* essa pluralidade. A introdução dos direitos humanos no mundo jurídico, cada vez mais especificados e diversificados, a depender da singularidade a que se referem, é traço característico do constitucionalismo contemporâneo. Peter Häberle assinala isso

⁶³ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**, 2004, p. 64.

⁶⁴ Nesse mesmo contexto, o Direito passa a incorporar não mais uma função de defesa e proteção das liberdades, mas essencialmente o que Bobbio denomina função *promocional*. Ver BOBBIO, Norberto. **Da Estrutura à Função**: novos estudos de teoria do direito. Trad.: Daniela Beccaccia Versiani. Barueri, SP: Manole, 2007, p. 13.

⁶⁵ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 2004, p. 64.

⁶⁶ Uma crítica incisiva à própria ideia contemporânea de direitos humanos pode ser encontrada em VILLEY, Michel. **O direito e os direitos humanos**, 2007, pp. 05-06. Villey defende que os direitos humanos, da maneira como formulados nas cartas de direitos nacionais e supranacionais, são irrealistas. Promete-se o infinito sem qualquer expectativa de cumprimento. Ele questiona a ideia moderna sobre os direitos do homem utilizando-se de textos clássicos.

salientando, antes, a premissa de que a dignidade humana representa o paradigma do Estado Constitucional⁶⁷, irradiando-se por toda a ordem jurídica a partir da efetivação e aplicação dos direitos fundamentais.

Essa consideração jurídica da singularidade alia, nessa medida, o pluralismo com os direitos do homem. É por isso que o mesmo Häberle aponta o pluralismo como elemento, como um dado do Estado Constitucional. Se o respeito à dignidade humana é uma das premissas desse Estado descrito por Häberle, ele apenas se afirma no reconhecimento da identidade do indivíduo ou do grupo ao qual pertence. Daí a conexão com o pluralismo e daí a constatação de que os direitos fundamentais desenvolvem-se no seio da associação de numerosas ideias e interesses, no âmago de uma sociedade verdadeiramente aberta⁶⁸.

A pluralidade, conforme aprendemos nas lições de Hannah Arendt, é a condição para um mundo político comum. O reconhecimento jurídico da pluralidade, e aqui os ensinamentos de Bobbio são essenciais, desencadeou um processo de multiplicação dos direitos do homem, de modo que o Estado Constitucional fundamenta-se nos direitos humanos e, ao mesmo tempo, destina-se a garanti-los. Os direitos do homem passam a inspirar e a orientar o discurso na esfera pública. Reconhecer juridicamente um núcleo de direitos fundamentais, contudo, não retira da ação política a função não apenas de efetivar esse reconhecimento, mas de afirmar – na concretude das relações jurídicas e sociais – qual o conteúdo e o alcance desses direitos. A política não termina com a positivação/constitucionalização dos direitos do homem.

É justamente na definição dos direitos que os indivíduos possuem que se configura o retorno à pluralidade: são os próprios membros singulares da comunidade política que devem reconhecer uns aos outros, no exercício da experiência política, esses direitos fundamentais de modo concreto. Esse processo, uma vez aceita e compreendida a ideia de singularidade, define-se não pelo consenso, mas pelo desacordo moral e político.

⁶⁷ HÄBERLE, Peter. **El Estado Constitucional**. Trad: Hector Fix-Fierro. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2007, p. 289.

⁶⁸ HÄBERLE, Peter. **El Estado Constitucional**, 2007, p. 323. É nesse contexto que Häberle propõe uma nova consideração acerca da interpretação constitucional, na medida em que – dentro de uma sociedade aberta – todos são potencialmente intérpretes da Constituição. Ver HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997, p. 43.

1.3. Desacordo e pluralidade

Jeremy Waldron inicia *Law and Disagreement*, talvez a sua mais significativa obra, afirmando algo que pode parecer trivial, mas que carrega uma importância sobremaneira esquecida: “há muitos de nós; e nós discordamos sobre justiça”⁶⁹. O fato de que todos desejem viver em uma comunidade justa, isto é, que contemplemos uma ideia ou um conceito de justiça, não significa que haja qualquer acordo sobre o que efetivamente caracteriza uma sociedade justa. Na verdade, ocorre claramente o contrário: podemos observar um mesmo valor, desejá-lo e persegui-lo, tomando cursos de ação completamente distintos, ou adotando discursos políticos diversos em relação ao *justo*. Aceitamos a *justiça*, mas discordamos sobre a maneira de alcançá-la.

Abordávamos nos parágrafos anteriores o fenômeno da multiplicação dos direitos do homem e dizíamos que o reconhecimento desses direitos, sobretudo em consideração ao processo de especificação, representa a própria afirmação – também jurídica – da pluralidade. Uma afirmação *jurídica* justamente porque, como também assinalamos, os ordenamentos jurídicos contemporâneos, e não se pode esquecer da ordem supranacional, incorporaram um catálogo (não raro extenso) de direitos fundamentais dotados de normatividade, ou ao menos de uma pretensão de normatividade.

O problema é que a circunstância da pluralidade humana não se esgota apenas nos dois aspectos que mencionamos no item anterior: a consolidação da singularidade como pressuposto da ação política (e da democracia) e a proliferação dos direitos do homem. Há algo mais, algo muito mais profundo e cuja existência representa um fator indispensável para apreciar o desenrolar da política e do Direito. Trata-se desse desacordo⁷⁰ de que fala Waldron, um desacordo ínsito quando se está a observar uma sociedade onde todos têm o direito a participar com igual dignidade na vida pública.

⁶⁹ No original: “There are many of us, and we disagree about justice”. WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement**. New York: Oxford University Press, 1999, p. 01. Na verdade, Waldron utiliza essa mesma frase em *The Dignity of Legislation*, ao analisar a dignidade da legislação à luz da filosofia de Kant: “There are many of us, and we disagree about justice. How we think about such disagreement will determine how we think about politics”. WALDRON, Jeremy. **The Dignity of Legislation**. Cambridge: Cambridge University Press, 1999, p. 36.

⁷⁰ Entenda-se, por todo o trabalho, a ideia de *desacordo* não como impossibilidade de atingir um acordo. Fosse assim, negaríamos a própria política deliberativa como *procedimento* para chegar a um acordo, ainda que permaneça o dissenso sobre o conteúdo. Aliás, desacordo aqui significa exatamente isto: dissenso sobre o mérito, sobre o conteúdo.

Nesse sentido, não há somente um desacordo em relação à concretização da justiça. Sim, de fato, somos muitos e os liberais não têm porque enxergar a justiça do mesmo modo que enxergam os socialistas. Aliás, é exatamente essa diferença que torna possível a criação de uma identidade política ou ideológica. Se voltarmos à reunião do departamento de Filosofia do Direito, que nos serviu de ilustração no início desta primeira parte, constataremos que não há porque esperar que um professor vinculado ao Direito Alternativo tenha a mesma visão sobre a justiça que um professor que aprecia a Análise Econômica do Direito. Eles divergem. Todos no departamento divergem. Além disso, conforme já adiantado, os indivíduos não discordam apenas sobre o conteúdo da justiça, mas também sobre quais direitos realmente possuem e sobre o *significado* e *alcance* desses direitos.

Está correta a descrição de Bobbio acerca da multiplicação dos direitos do homem. Isso, entretanto, não significa que – na própria definição desses direitos – não tenha havido dissenso. Uma Constituição, nesse sentido, pode conferir *status* privilegiado aos idosos, estabelecendo que a eles deva ser concedido tratamento protetivo diferenciado em consideração a suas singularidades. Mas antes mesmo desse reconhecimento normativo, houve um momento em que foi preciso indagar se seriam os idosos dotados de alguma particularidade que merecesse a criação de um *status* jurídico particular⁷¹. Esse seria um desacordo preliminar, anterior ao reconhecimento. Ocorre que as dúvidas persistem, na medida em que – assentada a norma que dispõe que os idosos devem receber proteção especial – surgem perguntas acerca do que compreende essa proteção; ou seja, o que de fato seria, para os idosos, uma proteção especial. Esse seria um segundo desacordo.

É nesse segundo momento que surge a necessidade de definir que direitos os idosos possuem concretamente, nas relações diárias, nas relações com os demais membros da comunidade: se têm direito a passe livre e a assento preferencial nos

⁷¹ Se houve um momento em que os direitos fundamentais tiveram que ser reconhecidos dentro de um panorama de desacordo, isto é, necessitava-se de uma decisão política sobre quais direitos seriam incluídos em um rol de direitos fundamentais, mantido ainda um desacordo relativo ao alcance, então surgem dúvidas sobre a chamada “esfera do indecível” ou sobre o caráter inegociável dos direitos fundamentais, subtraídos do poder da maioria. Nesse sentido, Juan Carlos Bayón salienta que a definição dessa “esfera do indecível” não pode ser extrapolítica, mas – em respeito ao desacordo sobre o *justo* – é construída exatamente por meio da política. BAYÓN, Juan Carlos. **Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo**. In: CARBONELL, Miguel y JARAMILLO, Leonardo García (coord.) *El canon neoconstitucional*. Madrid: Trotta, 2010. Versão eletrônica: http://www.upf.edu/filosofiadeldret/_pdf/bayon-democracia.pdf, p. 23.

transportes públicos, se pagam menos por ingressos em eventos culturais, se têm garantia de estacionamento exclusivo, se devem aguardar mais de dez minutos nas filas dos bancos e nos caixas de supermercado, se recebem algum tipo de favorecimento fiscal na compra de medicamentos, se pagam ou não pagam despesas processuais quando acessam o Poder Judiciário, entre tantas outras hipóteses.

O importante é perceber que o desacordo constitui elemento indissociável do processo de atribuição de direitos. Podemos reconhecer, em abstrato, que crianças e adolescentes devem receber proteção integral. Podemos compartilhar esse valor. Em concreto, no entanto, necessitamos – para usar o caso brasileiro – do Estatuto da Criança e do Adolescente para saber sobre procedimentos de guarda, adoção, tutela; para compreender as diretrizes das políticas de acesso à educação e cultura; para entender as circunstâncias em que uma criança precisa de autorização para viajar; para mitigar o arbítrio ao consultar o rol de medidas sócio-educativas a que jovens podem submeter-se em razão de algum ato infracional. À medida que os grupos se distinguem cada vez mais e que se prolifera essa atribuição de direitos a diversas categorias, não apenas o dissenso fica mais evidente, mas também a necessidade de viabilizar ações coordenadas.

Trata-se, no dizer de Jeremy Waldron, das circunstâncias da política⁷². São duas: o desacordo moral e político e a necessidade de viabilizar ações em concerto, em cooperação, de modo coletivo. Em relação à primeira, cuida-se do que já vínhamos abordando. Não compartilhamos uma mesma visão acerca de temas como justiça, direitos ou moralidade política⁷³. Daí o desinteresse de Waldron por teorias da justiça que exploram a ideia de que os indivíduos necessitariam de uma visão consensual sobre justiça⁷⁴. Para Waldron, o fato de necessitarmos de uma visão comum (não consensual) para agirmos em conjunto não elimina a circunstância do desacordo. Inclusive, e de modo bastante perspicaz, ele avalia que o desacordo sempre esteve (e está) presente nas próprias conquistas sociopolíticas: proibição do trabalho infantil, reforma do sistema criminal, sistemas de saúde e previdência, liberação da mulher, eliminação da segregação. Essas conquistas, portanto, foram asseguradas no contexto das

⁷² WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement**, 1999, p. 101.

⁷³ WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement**, 1999, p. 105.

⁷⁴ WALDRON, Jeremy. **The Dignity of Legislation**, 1999, 156.

circunstâncias da política, não em um suposto consenso sobre o conteúdo da justiça e dos direitos⁷⁵.

A segunda circunstância da política é a cooperação, é o fato de que, para muitas situações, necessitamos agir em conjunto⁷⁶. Outra vez, atuar de modo concertado não implica atuar em consenso. Muitas vezes, um grupo precisa tomar uma decisão ou eleger um curso de ação para atingir determinado objetivo, mesmo que – dentro do próprio grupo – indivíduos divirjam exatamente sobre qual o meio mais adequado para possibilitar o alcance da finalidade⁷⁷. É preciso, nessa senda, encontrar um modo de ação (uma espécie de política) em que todos possam participar, apesar do desacordo sobre o mérito⁷⁸.

Um exemplo trivial pode facilitar a compreensão. O futebol amador normalmente é jogado sem técnico, sem a presença de alguém que defina uma formação e oriente o time à beira do campo. Os amantes dessa prática, no entanto, sabem que para a equipe vencer uma partida ou um campeonato amador é necessário definir uma posição para cada jogador, fixar um mínimo esquema tático, estabelecer quem cobra as faltas e escanteios. Os jogadores têm distintas características: normalmente o mais veloz tende a jogar pelos lados, o mais alto e com bom chute tende a se posicionar no ataque, o mais criativo e com bom passe costuma ser o articulador, a atuar no meio-campo. O ideal é que se encontre um consenso sobre a melhor formação para a equipe. Todavia, isso quase nunca é possível e o mais importante – os jogadores sabem – é coordenar as ações, definir um padrão para o time e, não raro, abdicar de uma convicção pessoal para aceitar o esquema tático que a maioria definiu. Todos têm sua opinião sobre o mérito, sobre a melhor maneira de armar a equipe. O essencial, contudo, não é insistir na “verdadeira” tática, mas pressupor que as vitórias dependem do objetivo comum, da estratégia que vincule todo o time, mesmo na circunstância do desacordo.

⁷⁵ WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement**, 1999, p. 106. Nesse ponto, identificamos alguma similitude com as ideias de Bobbio sobre a universalização e multiplicação dos direitos do homem. As conquistas não surgem *fora* da política, tampouco dependem da criação ou da pressuposição de um consenso sobre o que é justo. Por isso, dizer que os direitos do homem passam por um processo inacabado de reconhecimento e efetivação, a depender do contexto histórico, é afirmar que são definidos no exercício da política, na ação *entre* os homens. A mesma ideia, com exemplos semelhantes, pode ser encontrada em WALDRON, Jeremy. **The Dignity of Legislation**, 1999, p. 155.

⁷⁶ Waldron fornece alguns exemplos de situações em que acreditamos que devemos atuar juntos para alcançar determinado objetivo: a proteção do meio-ambiente, a operacionalização de um sistema de saúde pública, a garantia das condições para o funcionamento de uma economia de mercado. WALDRON, Jeremy. **The Dignity of Legislation**, 1999, p. 156.

⁷⁷ WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement**, 1999, pp. 102-103.

⁷⁸ WALDRON, Jeremy. **The Dignity of Legislation**, 1999, p. 158.

Se ampliarmos o espectro de análise, o mesmo ocorre na comunidade política. Jeremy Waldron observa um aspecto aparentemente óbvio, mas fundamental: temos que nos dar conta de que há outras pessoas no mundo debruçadas sobre os mesmos temas que nós, pensando igualmente sobre justiça e direitos e, se o discurso é a maneira de revelar a nossa identidade e de nos entendermos politicamente, podemos concluir que devemos chegar a uma decisão comum, mas sempre na pressuposição do desacordo e na consideração de que a visão de justiça dos demais também é válida⁷⁹. Não há nada, *a priori*, que garanta que uma sociedade justa é aquela inspirada na noção de justiça e nos direitos vislumbrados por “A” ou “B”⁸⁰. É na consideração ao desacordo que os direitos são definidos.

Essas considerações apenas reforçam o que se trabalhou ao longo deste primeiro capítulo: se a condição humana para a vida política é a pluralidade, se os indivíduos têm peculiar dignidade em razão exatamente de sua condição plural, a construção de um mundo comum não pode prescindir do respeito ao desacordo. E o respeito ao desacordo nada mais é que a observância à singularidade dos membros que integram determinada comunidade política e que elaboram – juntos – o catálogo de direitos que propicia a convivência entre eles. Eis o ponto de encontro – ao menos o que nos interessa – entre a ideia da pluralidade na obra de Hannah Arendt, o fenômeno da multiplicação dos direitos do homem nos trabalhos de Bobbio e o destaque para o desacordo no pensamento de Waldron.

Voltaremos a enfrentar o tema do desacordo ao fim da primeira parte deste trabalho, nas últimas linhas sobre as características de uma sociedade plural. Assentada, portanto, a configuração do significado da pluralidade na esfera pública, é preciso

⁷⁹ WALDRON, Jeremy. **The Dignity of Legislation**, 1999, pp. 78-79. A discordância ocorre nas mais íntimas relações. Um casal pode concordar sobre um princípio, sobre algo que consideram um bem, que é tornar o filho mais obediente e mais respeitoso, mas podem discordar tranquilamente sobre a melhor maneira de alcançar esse bem: se por meio da orientação, se impondo castigos, se é válida ou não uma palmada. Ambos, todavia, estão de acordo de que devem estabelecer um curso de ação comum, que não apenas os oriente, mas que oriente o filho, evitando deixá-lo em uma situação de insegurança, sem saber o que efetivamente a família aceita ou não aceita.

⁸⁰ É claro que há determinados direitos que são indispensáveis para que o próprio desacordo possa se manifestar na esfera pública, como é o caso do direito de igual participação na vida política. Ver BAYÓN, Juan Carlos. **Democracia y derechos**, 2010, p. 14. Ademais, a validade de determinadas noções de justiça, com o advento do constitucionalismo fundado em direitos humanos e fundamentais, está situada dentro de alguns limites, e é dentro desses limites que discutimos. Na ordem jurídica brasileira, por exemplo, não há validade jurídica (tampouco moral, mas entendemos por distinguir esses sistemas) em uma concepção de justiça calcada na segregação racial ou na discriminação da mulher. Mas isto nem sempre foi assim, e isso só reforça aquilo que Bobbio já advertira: os próprios direitos humanos são produto da política e, em consideração ao ponto ora aberto, do desacordo.

investigar – ainda que de modo breve – alguns elementos que tornam a construção de um mundo comum, nas sociedades contemporâneas, uma tarefa cada vez mais árdua. A sociedade plural não é apenas plural em razão da própria condição humana, mas é plural em um contexto de pouca durabilidade, de rompimento com a autoridade, de profunda diversidade étnica e cultural.

2. COMPLEXIDADE, DIVERSIDADE E MAIS DESACORDOS

Para iniciar alguns apontamentos sobre a complexidade da sociedade moderna, recorreremos, outra vez, ao pensamento de Hannah Arendt, especialmente na obra *Between Past and Future*, em que ela analisa o fato de que a tradição, a religião e a autoridade já não são pilares das comunidades políticas contemporâneas. Isso acarreta inúmeras consequências e desloca o observador para a avaliação de outras características, cada vez mais presentes no mundo moderno, como o risco, a imprevisibilidade, o medo e o diálogo entre as culturas. Todo esse acervo de fatores de complexidade não apenas dificulta o trabalho dos intérpretes da sociedade, mas também posiciona o Direito em um mundo de fragmentos e desacordos, cuja articulação para o espaço comum de que tratamos anteriormente, se já não era simples, torna-se muito mais controversa.

2.1. Autoridade, religião e tradição: assuntos do passado

Em *Between Past and Future*, Hannah Arendt considera que sequer seria apropriado definir o que é autoridade, mas sim o que *foi*, já que se trata de algo que terminou ou que, pelo menos, não ocupa uma posição central nas instâncias políticas e pré-políticas modernas. É algo que está acabando⁸¹. O sintoma mais evidente dessa crise de autoridade pode ser encontrado justamente no mundo pré-político⁸², dentro, por exemplo, do seio da família, uma vez que a autoridade dos pais em relação aos filhos, que sempre foi considerada uma necessidade natural em um espaço pré-estabelecido, passa não apenas por questionamentos, mas, com a dissolução da hierarquia, dá lugar à persuasão.

⁸¹ ARENDT, Hannah. **Between Past and Future: eight exercises in political thought**. New York: Penguin books, 2006, p. 91.

⁸² ARENDT, Hannah. **Between Past and Future**, 2006, p. 92.

Mas o que foi, então, a autoridade? Com raízes na palavra *augere* (aumentar), a autoridade, cuja essência é precisamente romana, consistia em acrescer legitimidade a um ato de poder⁸³. Daí a diferença crucial entre *auctoritas* (autoridade) e *potestas* (poder) para os romanos. Aquela repousava na instituição do Senado, que conferia legitimidade às decisões da política ordinária; esta, no povo. Como o Senado representava o passado, a fundação da Cidade romana e, assim, a tradição, as decisões políticas – confirmadas pelos senadores – eram “aumentadas” por toda a carga de tradição da Cidade. É como se o ato de fundação⁸⁴ estivesse sempre presente em todas as decisões, conferindo durabilidade e estabilidade às instituições políticas, já que a Cidade romana era feita para durar⁸⁵.

A tríade composta por autoridade, tradição e religião, de fato, compunha a política e a pré-política no mundo antigo. Em Roma, cada família é um pequeno Estado, com sua justiça, suas leis, seu culto, seu chefe. Assim, o governo da Cidade – inicialmente – existia para propiciar a preservação da propriedade privada, dentro da qual se desenvolviam família e religião doméstica⁸⁶. Religião e tradição, fundamentos da família romana, passam a constituir, na política, o substrato da própria Cidade. A Cidade surge no seio da associação de famílias, cúrias e tribos, que possuem o culto como elemento de unidade. Por isso mesmo a tríade da qual falávamos, já no âmbito da esfera pública, torna-se a essência de legitimidade da comunidade política. De fato, tem razão Hannah Arendt ao assentar que o modo romano de conceber autoridade, tradição e religião guarda mínima correspondência com a maneira contemporânea de entender esses conceitos. Nesse bojo, passemos a avaliar o que restou dessas concepções na modernidade.

Um primeiro ponto é preciso esclarecer: a autoridade depende justamente da hierarquia e nada tem a ver com persuasão, já que esta pressupõe uma igualdade, uma

⁸³ ARENDT, Hannah. **Between Past and Future**, 2006, p. 121.

⁸⁴ Os romanos conferiam uma importância significativa ao ato de fundação. A ideia de autoridade, portanto, vinculava-se à noção de fundação, a algo que transcendia a decisão política momentânea e conferia durabilidade à comunidade. Vale transcrever a descrição de Fustel de Coulanges sobre a fundação da cidade romana: “o fundador prepara o povo para o grande ato da fundação. Rômulo cava um pequeno fosso de forma circular, onde lança um torrão, por ele trazido da cidade de Alba. Depois, cada um de seus companheiros, um por um, lança no mesmo lugar um pouco de terra, trazida do seu país de origem (...). O homem não podia mudar-se sem levar consigo a terra e seus ancestrais (...). Rômulo, nesse mesmo lugar, levantou um altar, e acendeu o fogo. Este foi o fogo sagrado da nova cidade. Ao redor desse fogo devia erguer-se a cidade, como a casa se eleva ao redor do lar doméstico” COULANGES, Fustel de. **A Cidade Antiga**. São Paulo: Edameris, 1966, pp. 188-189.

⁸⁵ FINLEY, M.I. **A Política no mundo antigo**. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1983.p. 37.

⁸⁶ COULANGES, Fustel de. **A Cidade Antiga**, 1966, p. 80.

horizontalidade entre aqueles que iniciam um processo de argumentação⁸⁷. A autoridade não se relaciona a um empreendimento destinado ao convencimento. Ela se assenta e se afirma em uma relação hierárquica de reconhecimento recíproco, em que ambos – sujeito e destinatário – identificam as suas posições. “O que eles têm em comum é a própria hierarquia”⁸⁸, afirma Arendt. Esse ponto é muito importante para que não se passe a confundir autoridade com autoritarismo. Aliás, a confusão apenas demonstraria que a palavra autoridade representa algo que nós, modernos, realmente temos dificuldade para entender.

Portanto, não se pode misturar autoridade com o uso da força e da coerção para a manutenção de uma hierarquia que, frise-se, não se legitima no reconhecimento, mas tem suporte exclusivo na relação meramente fática, no uso ilegítimo da força e do arbítrio. Essa mesma advertência é feita por Gadamer, ao refutar que a autoridade consista na obediência cega a determinados comandos. Autoridade, segundo ele, não tem a ver com uma sujeição irrefletida, mas com um processo de conhecimento e reconhecimento; ou seja, enxerga-se o outro, o superior, como alguém cujos julgamentos têm precedência⁸⁹. O que funda a hierarquia, e permite que ela – como aponta Arendt – seja aquilo que sujeito e destinatário tenham em comum, é exatamente a racionalidade em reconhecer, naquele que possui autoridade, uma especialidade ou sabedoria que lhe confere a possibilidade de emitir comandos e, assim, ensejar obediência. É isso que, segundo ela, está em desalinho na modernidade.

Essa crise de autoridade acompanha, ainda, a perda de tradição e o descrédito nas religiões. A tradição não é simplesmente uma reverência ao passado. Inserir-se em uma tradição não significa viver conforme o passado. Trata-se, antes, de conservar a memória e, nessa medida, um sentido de profundidade que busca raízes em alguma forma de estabilidade e permanência⁹⁰. Não há profundidade no que é meramente efêmero e a tradição, por definição, nada tem a ver com as coisas passageiras. Ademais, a escolha por preservar e cultivar uma tradição é, sem dúvida, produto da razão, o que

⁸⁷ ARENDT, Hannah. **Between Past and Future**, 2006, p. 92. Nas palavras de Arendt: “Authority, on the other hand, is incompatible with persuasion, which presupposes equality and works through a process of argumentation”.

⁸⁸ ARENDT, Hannah. **Between Past and Future**, 2006, p. 93. No original: “What they have in common is the hierarchy itself”.

⁸⁹ GADAMER, Hans-Georg. **Truth and Method**. Second Edition. New York/London: Continuum, 2012, p. 281.

⁹⁰ ARENDT, Hannah. **Between Past and Future**, 2006, p. 94.

torna equivocada, segundo Gadamer⁹¹, a perspectiva iluminista de confundir tradição com irracionalidade. A preservação, assim como a revolução e a renovação, baseia-se no exercício da liberdade⁹².

É recomendável, portanto, não subestimar o papel da tradição e não atrelá-la simplesmente ao passado, ao que *sempre se fez*. Antes, vale compreendê-la em um processo de durabilidade e profundidade, que tenha coerência e sentido para além do momento, para além da circunstância⁹³. Isso implica a possibilidade de, no âmbito de uma sociedade aberta⁹⁴, modificar a tradição, direcionando interrogações sobre as práticas tradicionais do presente para progredir e alcançar uma tradição melhor. O abandono da tradição – de qualquer tipo e sob o pretexto de que ela, em si, carrega preconceitos injustificáveis e a ausência de razão – é que se mostra problemático.

Dentro de um contexto de secularização e de culto à razão, próprio da modernidade, a religião também tem perdido espaço, ao menos no dogmatismo que sempre lhe conferiu estabilidade. Isso porque as interrogações relacionam a crença com a dúvida, o que termina abalando inclusive a fé, por muito tempo protegida pelos mecanismos institucionais da religião⁹⁵. Se os dogmas religiosos perdem força, isto é, se uma pauta ética anterior e extraterrena já não guia com a mesma solidez a conduta dos homens, a deliberação moral sobre a coisa certa a fazer absorve uma complexidade ainda maior⁹⁶.

⁹¹ GADAMER, Hans-Georg. **Truth and Method**, 2012, pp. 282-283. Gadamer destaca que todos nós estamos inseridos em alguma tradição. Ela é, pois, parte de nós. A moral, inclusive, tem a sua força efetiva fundada na tradição.

⁹² GADAMER, Hans-Georg. **Truth and Method**, 2012, p. 283.

⁹³ FRIEDRICH, Carl J. **Tradição e Autoridade em Ciência Política**. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1974, p. 63. A concepção de autoridade desenvolvida por Friedrich tem correspondência no pensamento de Hannah Arendt. Friedrich, no entanto, confere especial atenção à autoridade como capacidade para elaboração racional. Do ponto de vista das instituições políticas, a autoridade não tem apenas fundamento na hierarquia, na medida em que o reconhecimento da autoridade depende da emissão de um comando fundado na razão e não no arbítrio. Esse ponto é essencial para compreender o papel da autoridade nos governos constitucionais, em que se exige dos atos dos poderes públicos o acréscimo da justificativa, da qual depende, ao fim, a própria legitimidade do poder. Nas palavras de Friedrich: “Só quando os governantes possuem autoridade, no sentido aqui definido como capacidade para elaboração racional, é que podem alcançar a legitimidade no sentido de seu Governo ser visto e aceito como justo e legítimo pelos governados” (Ibidem, p. 99).

⁹⁴ Ver, nesse sentido, POPPER, Karl. **A sociedade aberta e seus inimigos**. Vol. II. Trad. Milton Amado. Belo Horizonte: Itatiaia, 1974, pp. 286-287.

⁹⁵ ARENDT, Hannah. **Between Past and Future**, 2006, p. 94

⁹⁶ Sobre a separação entre Igreja e Estado em relação à responsabilidade não do cidadão em geral, mas do governante, daquele que detém o poder, ver FRIEDRICH, Carl J. **Constitutional Government and Democracy: theory and practice in Europe and America**. Fourth Edition. London: Blaisdell Publishing Company, 1968, p. 20.

Este breve apanhado sobre religião, tradição e autoridade possui caráter mais descritivo do que propriamente crítico, ainda que tenhamos esclarecido, sobretudo com base em Arendt e Gadamer, o significado dessa tríade para a vida política. Contudo, se a perda da confiança no sagrado mergulha o homem em um universo de incertezas e se o abandono da tradição retira-lhe alguns fundamentos autoevidentes, não interessa ao nosso objeto, por ora, adjetivar esse atributo moderno, mas apenas identificá-lo como uma realidade. A família moderna não tem raízes na religião doméstica, tampouco é o culto, como em Roma, o laço de unidade da sociedade. Em nossos tempos, a religião pode ensejar mais fragmentação, mais divisão em grupos, mais um assunto eminentemente privado, do que propriamente algo que alicerça um mundo comum.

A organização da cidade moderna difere – e muito – da construção da Cidade antiga. Isso não significa dizer que a relativa unidade e a preocupação com a durabilidade, fatores que alimentavam a *auctoritas* romana, erigissem um espaço não plural. A pluralidade humana, no sentido trabalhado no capítulo anterior, é circunstância da política antiga e circunstância da política moderna. Na contemporaneidade, entretanto, temos de organizar essa pluralidade em um contexto sociopolítico muito mais complexo. Seguimos tendo que enfrentar os problemas mais elementares da convivência humana, persistimos na necessidade de compor uma esfera pública; desta vez, no entanto, sem a mesma confiança nas religiões, sem a proteção e a segurança da tradição e sem a compreensão do significado da autoridade⁹⁷.

2.2. Elementos de complexidade na sociedade contemporânea

Da leitura de alguns dos principais intérpretes da sociedade moderna⁹⁸ não se pode depreender que vivamos, sobretudo no ocidente, em sociedades ditas tradicionais.

⁹⁷ ARENDT, Hannah. **Between Past and Future**, 2006, p. 141.

⁹⁸ Não desconhecemos que, para muitos autores, estamos não mais na modernidade, mas na pós-modernidade. Preferimos, no entanto, evitar o uso do termo “pós-modernidade”, cujo poder explicativo é baixo, privilegiando o uso das palavras contemporaneidade ou mesmo modernidade. A reflexão de Ulrich Beck, no prefácio a sua obra *Sociedade de Risco*, serve de advertência: “‘pós’ é a senha para a desorientação que se deixa levar pela moda. Ela aponta para um além que não é capaz de nomear, enquanto, nos conteúdos, que simultaneamente nomeia e nega, mantém-se na rigidez do que já é conhecido”. BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. 2 ed. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2011, p. 11. Outra advertência, muito mais ácida e direta, pode ser encontrada no polêmico *Imposturas Intelectuais*, de Sokal e Bricmont. Trata-se de um livro que, na crítica aos pensadores pós-modernos, denuncia o uso excessivo de temas e termos das ciências exatas que, transformados em metáforas, muitas vezes nada querem dizer para as ciências humanas e apenas tornam obscuro o objeto. Ver SOKAL, Alan e BRICMONT, Jean. **Imposturas Intelectuais**: o abuso da Ciência pelos filósofos pós-modernos. Trad. Max Altman. Rio de Janeiro: Record, 2012, pp. 201-202.

De fato, tradição e religião estão presentes de outra forma nas comunidades políticas contemporâneas: muito mais diluídas, muito menos basilares. Há infindas perspectivas que possibilitam uma apreciação dos atributos da contemporaneidade; no entanto, aqui, de modo bastante sucinto, passaremos a abordar apenas duas dessas perspectivas: (1) o risco, o medo e a sociedade de consumo, além da (2) diversidade cultural, da multietnia que caracteriza a atualidade. São os elementos de complexidade que compõem o “pano de fundo” para o ingresso nos meandros do fenômeno jurídico.

2.2.1. A disseminação do risco e a sociedade de consumo

O isolamento é uma característica pouco marcante na contemporaneidade. Há, na verdade, uma espécie de paradoxo nessa afirmação. Não há isolamento em relação a fatos e acontecimentos, isto é, a irradiação da comunicação e a disseminação das consequências têm efeito global, são pouco restritas em termos geográficos. De outro lado, eleva-se a possibilidade de isolamento do indivíduo; ou seja, o indivíduo termina por libertar-se de vínculos que, em um contexto anterior e tradicional, definiam-lhe, como a classe social, o estrato, a família⁹⁹.

Esses subsistemas de coordenação social evidentemente subsistem, permanecem, seguem sendo objeto de investigação sociológica. As famílias, as classes e os grupos profissionais, por exemplo, não perderam o seu efeito sobre a constituição do indivíduo e sobre a formação, como consequência, de um mundo comum. O que se quer explicitar, neste momento, é que a corrosão da tradição, no contexto de um processo de modernização, tem tornado mais complexa a própria relação entre essas formas de organização, o que modifica de modo sensível o desenvolvimento da dinâmica social.

Uma maneira de compreender esse fenômeno dá-se pelo recurso à noção de risco. Quando se afirma que o isolamento já não define mais o arranjo social atual, está-se a tratar – como já alertado – do isolamento em relação aos acontecimentos globais. Não é só de risco que se alimenta o mundo globalizado, por óbvio. A interconexão de informações, o intercâmbio imediato de conhecimentos e a livre-circulação de bens e serviços são características que não causam, por definição, ameaças globais. Não adotamos uma perspectiva estaticamente pessimista em relação à globalização. O achatamento do mundo, a permitir que culturas se misturem, que línguas se intercalem e

⁹⁹ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**, 2011, p. 108.

que já não se saiba mais a origem e o modo como são produzidos nossos itens de consumo, pode contribuir para a abertura de sociedades fechadas e para o desenvolvimento socioeconômico de países cuja estagnação sempre fora uma evidência¹⁰⁰.

Entretanto, e como nosso intento é simplesmente deixar assentada a complexidade da sociedade moderna, a incerteza que se conecta ao risco é um traço central nesse contexto global. Quanto mais se produz riqueza, informação e tecnologia e quanto mais esses elementos são transportados para toda parte, mais se distribuem os riscos¹⁰¹. As catástrofes ambientais são um exemplo paradigmático dessa ideia. O uso desmedido dos recursos naturais para viabilizar o progresso pode desencadear, a médio e longo prazo, desequilíbrios ambientais de consequências imprevisíveis. Se há controvérsia acerca do impacto da ação humana sobre as mudanças climáticas, por exemplo, isso apenas denota mais um elemento de incerteza. Há incerteza sobre a extensão das consequências e há incerteza também sobre quais atos (e se esses atos) são capazes de originar alterações ambientais danosas. E é nessa reprodução de incertezas que reside essencialmente o risco.

Existem muitos exemplos em torno dessas ameaças incertas. Não bastassem as questões relacionadas à violência global, como as guerras de motivações escusas e as diferentes formas de terrorismo¹⁰², a tecnologia é uma produtora (ou pode ser uma produtora) de riscos potenciais. Se pensarmos em alimentos geneticamente modificados, no uso de fertilizantes na agricultura moderna ou em novidades medicamentosas à disposição do consumo, reproduziremos mais dúvidas. E o interessante é que essa permanência da incerteza já não obedece a qualquer fronteira. Ameaças ao ambiente ou

¹⁰⁰ Para uma abordagem nesse sentido, ver FRIEDMAN, Thomas L. **O Mundo é Plano**: uma breve história do século XXI. Trad. Cristina Serra S. Duarte. Rio de Janeiro: Objetiva, 2005. Entre outros aspectos, o autor faz referência ao fato de que os países em desenvolvimento devem fazer reformas estruturais para que se beneficiem do processo (incontornável) de achatamento do mundo. Em termos culturais, Friedman salienta que “quanto mais uma cultura se glocaliza naturalmente, isto é, quanto mais uma cultura absorva com facilidade ideias e melhores práticas estrangeiras, mesclando-se com as suas próprias tradições, maiores vantagens terá no mundo plano” (p. 292).

¹⁰¹ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**, 2011, p. 23.

¹⁰² O terrorismo advindo do fanatismo religioso também se dispersa com o uso da tecnologia. Apesar de refutar com ódio o desenvolvimento ocidental, utiliza-se dele para disseminar o terror, em uma síntese perigosa e que intensifica o medo. Ver, sobre esse tema, BURUMA, Ian. MARGALIT Avishai. **Ocidentalismo**: o ocidente aos olhos de seus inimigos. Trad. Sérgio Lopes. Rio de Janeiro: Zahar, 2006, p. 144.

modificações genéticas em alimentos são riscos não localizados, inevitavelmente espalhados pelo globo. É o que Ulrich Beck chama de “universalismo das ameaças”¹⁰³.

Essa apresentação da sociedade moderna conduz Zygmunt Bauman a identificar o medo como um atributo perene das relações sociais contemporâneas. Viver com a sensação constante de insegurança e vulnerabilidade significa viver em um mundo repleto dessas incertezas de que estamos tratando¹⁰⁴. Aprende-se, na verdade, a conviver passivamente com o receio da tecnologia, o medo de novas doenças, de novos vírus e até mesmo, e talvez sobretudo, com o medo do outro, do estranho, do desconhecido. É por isso que, apesar de estarmos caminhando continuamente para a abertura das sociedades, de já vivermos sob o paradigma de comunidades políticas marcadas pela diversidade, ainda seguimos preocupados com fronteiras, seja em razão de ameaças globais à segurança, seja em razão de ameaças, aparentemente causadas pelo fluxo migratório, a práticas sociais consolidadas¹⁰⁵.

Se, por um lado, o quadro de dispersão dos riscos afasta as comunidades do isolamento, dado o contexto de estreitamento da comunicação; de outro, contribui para a liquidez das relações humanas e, assim, para o isolamento do indivíduo. Aliás, essa preocupação com o isolamento *entre* os homens é uma das características que definem o pensamento de Hannah Arendt, que se aproxima de Bauman ao tratar desse ponto no seio de sociedades de consumo¹⁰⁶. Bauman salienta que há uma ligação entre o consumismo do mundo líquido e a desintegração dos vínculos humanos. Isso porque a atividade do consumo em si, não o processo produtivo e a interação em um mercado livre, é algo que não compreende a cooperação; ou seja, consumir é um ato meramente solitário, para a satisfação de um desejo pessoal e imediato¹⁰⁷. Esse panorama parece justificar a preocupação de Hannah Arendt com o isolamento, pois a construção de relações calcadas na efemeridade nada contribui para edificar um mundo político minimamente durável.

Ensaíamos descrever, nessa breve passagem, alguns traços predominantes da sociedade contemporânea. O risco, o medo e o consumo, três fatores que marcam a

¹⁰³ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**, 2011, p. 43.

¹⁰⁴ BAUMAN, Zygmunt. **Medo líquido**. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008, pp. 13-14.

¹⁰⁵ BAUMAN, Zygmunt. **Medo líquido**, 2008, p. 127.

¹⁰⁶ Ver ARENDT, Hannah. **A Condição humana**, 2008, p. 145.

¹⁰⁷ BAUMAN, Zygmunt. **Modernidad Líquida**. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2005, p. 175.

estrutura das comunidades políticas inseridas em um contexto global, são não apenas desenho de uma construção social pós-tradicional, mas representam elementos disseminados na vida moderna. Disseminam-se na dissolução das fronteiras geográficas e no enfraquecimento da tríade da qual falávamos no subcapítulo anterior – tradição, autoridade e religião. Acresça-se a esse arranjo de complexidades um último e ainda mais importante elemento. Trata-se da diversidade cultural que define as sociedades contemporâneas, repletas de etnias a conviver no mesmo espaço, em um espaço que abriga formas de vida completamente distintas e singulares.

2.2.2. Pluralismo e multiculturalismo: apontamentos sobre a diversidade

A multiplicidade cultural é uma característica comum às sociedades abertas contemporâneas. Trata-se de um fato de tranquila constatação. As controvérsias teóricas, no entanto, não são poucas e nascem justamente desse dado empírico aparentemente singelo. O modo de compreendê-lo e o que se passa a prescrever a partir dele tornam o debate acadêmico mais acirrado. Não é nosso objetivo ingressar na profundidade das discussões entre comunitaristas, multiculturalistas, pluralistas, que se debruçam mais detida e minuciosamente sobre o fenômeno do diálogo entre as culturas, essencialmente sobre o grau de abertura que uma sociedade deve possuir para abrigar esse diálogo. Teríamos que construir uma dissertação apenas para isso e ainda estaríamos longe de esgotar o tema. Por isso, faremos uma abordagem seletiva; ou seja, no seio de alguns paradigmas teóricos de relevo, procuraremos sublinhar o que nos serve e deixar de lado o que não pautará a linha de argumentação deste trabalho.

A ideia de tolerância, por exemplo, nos serve. Entre as diversas leituras do fenômeno da diversidade étnica, religiosa e cultural, a tolerância é um traço que todas aceitam e que buscam fomentar. O grande desafio de uma sociedade multiétnica é instituir um arranjo de instituições e práticas sociais que permita o convívio tolerante entre diferentes indivíduos e distintos grupos. Uma sociedade plural, que é o objeto de nossa empreitada descritiva, é o oposto de uma sociedade intolerante ao diferente, que não aceita o outro na sua singularidade.

Embora a tolerância seja uma noção central para o desenvolvimento de teorias sobre o convívio entre culturas, há divergências teóricas relevantes sobre a melhor maneira de alcançá-la. A corrente pluralista, por exemplo, está fundada em uma

tolerância construída em um mundo composto por distintas formas de vida, com princípios e valores heterogêneos e que, ademais, não podem ser hierarquizados rigidamente. À diferença de uma postura monista, alicerçada na hierarquia de valores, o pluralismo assenta-se no desacordo entre a maneira de concebê-los e, portanto, na inevitabilidade do conflito entre esses inúmeros valores, resolvido mediante uma consideração às circunstâncias, isto é, a um aspecto condicional¹⁰⁸. Descrita dessa maneira, a corrente pluralista está em perfeita consonância com o que até aqui estamos delineando, com o desenho de sociedade plural que estamos elaborando.

Giovanni Sartori faz uma defesa mais contundente e direta da posição pluralista. Uma de suas preocupações centrais é preservar o pluralismo de certa exacerbação do multiculturalismo, movimento que – para o autor – pode ser vinculado aos preceitos pluralistas ou simplesmente, e justamente pelo potencial radicalismo, tornar-se o seu oposto. Sartori compartilha dos atributos que apresentamos no parágrafo anterior¹⁰⁹; contudo, alerta que o pluralismo não precisa defender que a boa sociedade é uma sociedade cada vez mais fragmentada, dividida em grupos, com o prefixo “multi” anexado a qualquer termo. Trata-se de sustentar uma concepção tolerante frente à diferença; ou seja, o pluralismo prescreve que uma sociedade deve ser tolerante no contexto da diversidade cultural, mas nada diz sobre a obrigação de produzir ainda mais diversidade¹¹⁰.

A preocupação de Sartori se justifica se compreendermos o multiculturalismo como uma afirmação radical da diferença, mais centrada na “tribalização da cultura”¹¹¹ do que propriamente no estabelecimento de um espaço comum de tolerância às singularidades culturais. Se o multiculturalismo tem ênfase em uma equalização generalizada de grupos étnicos, com um resultado final de isolamento cultural a partir da consolidação de uma identidade meramente coletiva, já podemos adiantar que essa

¹⁰⁸ Sobre as características do pluralismo, ver O'FARRELL, Pablo Badillo. ¿Pluralismo versus Multiculturalismo? In: O'FARRELL, Pablo Badillo (coord.). **Pluralismo, tolerancia, multiculturalismo**: reflexiones para un mundo plural. Madrid: Universidad Internacional de Andalucía/AKAL: 2003, pp. 35-40.

¹⁰⁹ Sartori entende que o pluralismo pressupõe tolerância e que o pluralismo intolerante é um falso pluralismo. São, contudo, conceitos diferentes, na medida em que a tolerância respeita valores alheios, e o pluralismo afirma um valor próprio. Nas palavras de Sartori: “el pluralismo afirma que la diversidad y el disenso son valores que enriquecen al individuo y también a su ciudad política”. SARTORI, Giovanni. **La sociedad multiétnica**: pluralismo, multiculturalismo y extranjeros. Trad. Miguel Ángel Ruiz de Azúa. Madrid: Taurus, 2002, pp. 18-19.

¹¹⁰ SARTORI, Giovanni. **La sociedad multiétnica**, 2002, pp. 32-33.

¹¹¹ SARTORI, Giovanni. **La sociedad multiétnica**, 2002, p. 34.

forma de conceber o fenômeno cultural não fomenta a tolerância em uma esfera comum e, portanto, nada tem a ver com a linha que estamos desenvolvendo neste trabalho. O multiculturalismo assim interpretado pouco nos interessa¹¹².

No entanto, há de se entender o multiculturalismo no escopo do pluralismo, como uma teoria que reivindique a consolidação de um modelo de sociedade organizado em consideração à existência de grupos humanos completamente distintos¹¹³. A diferença étnica, religiosa ou cultural, nessa senda, deve ser tolerada e respeitada, o que corresponde a uma exigência do pluralismo, mas também reconhecida na esfera pública, com a criação de instrumentos jurídicos e políticas sociais específicas, o que representa um traço do multiculturalismo. Não se cuida tão somente de assimilar a diferença, em um processo por meio do qual as culturas diversas contentam-se em aceitar as práticas sociais já existentes¹¹⁴, mas sobretudo de propiciar a edificação de uma experiência política fundada no respeito e no reconhecimento à heterogeneidade cultural¹¹⁵.

Embora se assuma, no contexto ora apresentado, a necessidade de observância ao direito coletivo de grupos étnicos, culturais ou religiosos, consideradas as suas peculiaridades, é importante assentar que uma perspectiva multicultural excessivamente justificadora ou defensora da preservação da cultura de um grupo pode, fatalmente, ignorar a escolha e a liberdade de ação do indivíduo inserido nesse grupo. Em outras palavras, não se deve conferir valor intrínseco a uma classe de indivíduos, na dimensão coletiva, desconsiderando o fato de que uma cultura é formada por pessoas, plurais entre si, singulares e cuja autonomia deve ser, antes e com prevalência, preservada. Esse é outro aspecto que desejamos sublinhar, refutando – assim – visões que concedam a

¹¹² Queremos dizer, com isso, algo singelo: se o nosso marco da pluralidade assenta-se na convivência entre diferentes, há de ter cuidado, no entanto, com uma perspectiva multiculturalista exacerbada, que justifique a supressão da autonomia individual em nome do grupo, como se só houvesse identidade coletiva. Esta é a preocupação.

¹¹³ ABELLÁN, Joaquín. Los retos del multiculturalismo para el estado moderno. In: O'FARRELL, Pablo Badillo (coord.). **Pluralismo, tolerancia, multiculturalismo**: reflexiones para un mundo plural. Madrid: Universidad Internacional de Andalucía/AKAL: 2003, p. 18.

¹¹⁴ Aliás, essa é uma crítica dirigida a Sartori, que pode ser interpretado como um “assimilacionista”. Ver RUBIO-CARRACEDO, José. Pluralismo, multiculturalismo y ciudadanía compleja. In: O'FARRELL, Pablo Badillo (coord.). **Pluralismo, tolerancia, multiculturalismo**: reflexiones para un mundo plural. Madrid: Universidad Internacional de Andalucía/AKAL: 2003, p. 185.

¹¹⁵ Para uma explicação sobre essa prática multicultural no âmbito de formas democráticas de convivência, ver OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades de. Cultura da Democracia para Direitos Humanos Multiculturais. In: OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades de (org.). **Cultura e Prática dos Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, pp. 09-13.

coletividades, sob o pretexto de consolidação de uma pretensa identidade cultural¹¹⁶, o direito de suprimir a liberdade de escolha dos indivíduos¹¹⁷.

Assim estabelecidas as coisas, acreditamos ter exposto – mesmo em brevíssimas linhas – uma visão sobre a diversidade cultural que alia o multiculturalismo às características pluralistas relacionadas à autonomia individual e à tolerância. Desejamos, apenas para completar o modelo de sociedade plural, diversificada e complexa que marca a contemporaneidade, mencionar a alternativa cosmopolita suscitada por Jeremy Waldron¹¹⁸. Trata-se de um modelo que provoca aqueles que pensam que o indivíduo, para que sua vida tenha sentido e profundidade, necessita de um vínculo perpétuo com uma singular e determinada cultura, que, exatamente por isso, deveria ser preservada¹¹⁹.

Pensar dessa maneira, segundo Waldron, é imaginar uma vinculação comunal em pequena escala, isto é, a formação do indivíduo em um espaço pequeno, homogêneo e íntimo. Contudo, a comunidade real em que vivemos, e que constitui o objeto das teorias sobre a diversidade cultural, inclusive das que tratamos parágrafos antes, transcende aspectos étnicos, religiosos e culturais (no sentido comunal). O processo de globalização criou comunidades bastante distintas e de espectro pouco regionalizado. Waldron menciona a comunidade de feministas, a comunidade científica ou mesmo a comunidade de preservação dos direitos humanos para ilustrar o fato de que elas se formam para além das fronteiras e abrigam, para a consecução de um fim comum, sujeitos profundamente distintos, com origens diversas¹²⁰. É, sem dúvida, um outro modo de compreender o termo *comunidade*.

Não somos seres atomizados e desvinculados das nossas origens. Entretanto, tampouco somos “produto ou artefato de simples comunidades étnicas ou nacionais”¹²¹.

¹¹⁶ François Jullien ressalta com precisão o problema da identidade cultural, uma vez que a própria cultura tende a se alterar, a sofrer processos de metamorfose. A própria cultura não é algo estático. O que Jullien condena, no entanto, é a uniformização das culturas por meio de um processo de globalização que transforma, artificialmente, o universal no uniforme, que confunde ambas as dimensões. Ver JULLIEN, François. **O Diálogo entre as Culturas: do universal ao multiculturalismo**. Rio de Janeiro: Zahar, 2008, p. 32 e p. 190.

¹¹⁷ Encontramos essa advertência relativa à relação grupo/indivíduo em DE VITA, Álvaro. **Liberalismo igualitário: sociedade democrática e justiça internacional**. São Paulo: Martins Fontes, 2008, pp. 181-186.

¹¹⁸ WALDRON, Jeremy. **The Cosmopolitan Alternative**. In: KYMLICKA, Will (ed.). *The Rights of Minority Cultures*. New York: Oxford University Press, 2009, pp. 93-119.

¹¹⁹ WALDRON, Jeremy. **The Cosmopolitan Alternative**, 2009, p. 105.

¹²⁰ WALDRON, Jeremy. **The Cosmopolitan Alternative**, 2009, p. 102.

¹²¹ WALDRON, Jeremy. **The Cosmopolitan Alternative**, 2009, p. 103.

Nossa formação cultural é condicionada por nossa linguagem, pelos livros que lemos, pelos lugares que conhecemos, por nossa ciência, nossas religiões, e tudo isso, salienta Waldron, não está limitado por um território nacional ou pelas fronteiras de uma comunidade específica. Nessa sociedade plural de que estamos tratando, imersa em um contexto globalizado, cujas fronteiras estão cada vez mais dissolvidas, a nossa carga cultural tem as mais diversificadas fontes. É por isso que Jeremy Waldron, ao questionar a importância de o indivíduo ser membro de uma cultura particular, conclui que nós “precisamos de cultura, mas não de integridade cultural”¹²², no sentido de alguma espécie de homogeneidade que nos preserve o sentido de existência.

2.3. Desacordo e complexidade

Ainda assim, vivemos em um mundo comum; na verdade, integramos mundos comuns. Toda essa incursão pela complexidade que caracteriza a modernidade apenas reforça aquilo que já deixamos claro no capítulo anterior: a existência do desacordo. Uma comunidade plural, composta por indivíduos singulares, com origens e significados culturais distintos, a reclamar reconhecimento e autonomia não apenas individual, mas coletiva, relativa à identidade de determinado grupo, é uma comunidade – podemos explicitar assim – multicultural¹²³. A pluralidade humana, intensificada pelo cosmopolitismo, traz em si a divergência sobre questões relativas à justiça e a direitos; e o desacordo cresce quando inserimos essa pluralidade em um espaço fragmentado e multicultural, mas ainda assim, continuamos insistindo, um espaço comum.

A insistência em afirmar esse aspecto nada tem a ver com laços teóricos comunitários. O sentido da palavra *comum* já foi devidamente explicado quando adotamos a perspectiva política de Hannah Arendt. É também para não abandonar a coerência que repisamos esse traço. Mas a insistência justifica-se porque, ao falarmos demasiadamente em pluralidade, complexidade, multiculturalismo e – sobretudo – em desacordo, podemos dar a impressão de que esse cenário inevitavelmente nos conduz à desconstrução, à fragmentação e, portanto, à antítese do que se poderia entender usualmente por *comum*.

¹²² No original: “We need culture, but we do not need cultural integrity”. WALDRON, Jeremy. **The Cosmopolitan Alternative**, 2009, p. 108.

¹²³ Em *Law and Disagreement*, uma de nossas principais bases teóricas, Waldron também se refere à sociedade contemporânea como uma sociedade multicultural. Ver WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement**, 1999, p. 145.

O argumento, porém, é diverso. A nossa estratégia em começar pela afirmação da pluralidade e da diversidade, de toda essa mistura de elementos complexos, consiste em tornar clara a premissa de que aceitamos essa constatação sociológica e de que vamos seguir nosso estudo a partir dela. O nosso objetivo é pensar o Direito – e essencialmente a sua aplicação – dentro desse contexto. Um mundo plural é um mundo de desacordos inevitáveis e o Direito não pode ser observado de modo ficcional, como se surgisse no seio de algum tipo de homogeneidade axiológica¹²⁴. As coisas não são assim. Sequer no departamento de Filosofia do Direito, conforme dizíamos no início, há um acordo relativo ao modo de conceber princípios de justiça, tampouco ao modo de empreender ações político-administrativas. E o departamento não deixa de ser, em pequena escala, um mundo comum.

Por isso, desenvolvemos nosso argumento insistindo no fato de que, considerado o desacordo, continuamos construindo um espaço de convivência comum, elaborando pautas e atribuindo direitos em uma esfera pública, na qual todos nós temos (ou devemos ter) igual direito de participação. Já se refuta, portanto, uma perspectiva talvez não apenas pessimista, mas destinada a desconstruir qualquer possibilidade de afirmação de algo comum entre nós e, portanto, de consolidação autônoma do Direito. Negamos uma perspectiva que, ao constatar tudo o que descrevemos até aqui, caminhe exclusivamente para a fluidez; ou seja, uma visão que – ao perceber a liquidez das relações sociais – queira conferir ao Direito esse mesmo caráter líquido; uma concepção que parta do abandono de qualquer padrão social e, portanto, de qualquer possibilidade de construção desse *comum* de que tanto falamos.

Note-se que o comum não é necessariamente compartilhado. As decisões que são tomadas na esfera pública não são “nossas” no sentido de que nos vinculam moralmente¹²⁵. Fosse assim, estabeleceríamos um contrassenso com a pluralidade que

¹²⁴ Uma objeção a essa afirmação poderia suscitar a existência de valores fundamentais compartilhados mesmo em comunidades políticas modernas e plurais. Essa objeção teria de ser levada a sério. Quando falamos em ausência de “homogeneidade axiológica”, estamos tratando apenas do *modo* de compreender determinados princípios morais. De certa forma, estamos escapando de um debate de cunho metafísico sobre os valores ou princípios *últimos* que vinculam uma comunidade. Essa discussão não integra o objeto deste trabalho. A existência de princípios jurídicos institucionalizados, de essencial componente axiológico, permite – de fato – indicar que a liberdade, a igualdade e a dignidade humana, por exemplo, são valores morais compartilhados. O nosso foco, contudo, é na afirmação de que a política se justifica exatamente porque divergimos sobre o conteúdo e alcance desses valores, que – positivados e alçados ao patamar do dever-ser jurídico – passam a deter normatividade.

¹²⁵ Essa concepção dos antigos, de que a lei é algo essencialmente compartilhado, já não mais se aplica aos dias atuais. Ver WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement**, 1999, pp. 56-57.

sublinhamos. O desacordo de que estamos cuidando não se refere simplesmente a gostos ou preferências. Trata-se de um profundo desacordo moral, relativo à visão de mundo, a noções de responsabilidade¹²⁶. É por isso que se torna relevante avaliar a forma como convivem, em um mesmo espaço, culturas distintas.

A existência da lei é a prova de que existem esses desacordos¹²⁷. E podemos dizer que a lei é “nossa” apenas no sentido de que orienta nossas condutas e resolve desacordos morais¹²⁸. Ela, entretanto, não extingue a divergência. Se há uma controvérsia moral sobre a proibição do aborto e o parlamento edita uma norma descriminalizando essa prática, não há dúvidas de que a nova lei é “nossa” apenas pelo fato (importante) de representar a decisão política da comunidade, mas ela dificilmente será “nossa” no sentido de ser compartilhada moralmente. O dissenso persiste. A questão é que o parlamento é uma arena destinada a tomar decisões *em consideração* a esse dissenso e *em nome* da comunidade. As pessoas em geral estão cientes de que os problemas que enfrentam não são objeto de consenso; o que transforma esses problemas em questões políticas é o fato de que, apesar de haver desacordo no mérito, há acordo sobre a necessidade de solucioná-lo, de estabelecer uma pauta comum para a sociedade¹²⁹.

Esse é o panorama que desejamos fixar como premissa para a sequência deste trabalho. A diversidade integra uma realidade com a qual convivemos em consideração ao desacordo. E o desacordo decorre da nossa pluralidade. A edificação de um mundo comum não pode ignorar, pois, essa realidade. Para tanto, necessitamos de condições procedimentais¹³⁰ que nos permitam exercitar a atividade política, de modo que a esfera pública possa incorporar essa mesma diversidade. Não é que a partir daí alcançaremos consensos morais ou acordos sobre a *melhor* visão de justiça. Não é isso. O desacordo sempre persistirá e é natural que persista. Se ele se corrói ou se esvai é porque algo

¹²⁶ WALDRON, Jeremy. **The Cosmopolitan Alternative**, 2009, p. 98.

¹²⁷ WALDRON, Jeremy. **The Dignity of Legislation**, 1999, p. 37. Nas palavras do autor: “the law’s existence, together with the individual’s own opinion, is evidence of *moral disagreement* in the community on the underlying issue”.

¹²⁸ WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement**, 1999, p. 57.

¹²⁹ WALDRON, Jeremy. **Judicial Review and the Conditions of Democracy**. *The Journal of Political Philosophy*: Volume 6, num. 04, 1998, p. 347.

¹³⁰ GUTIÁN, Elena García. La repercusión política del pluralismo valorativo. In: O’FARRELL, Pablo Badillo (coord.). **Pluralismo, tolerancia, multiculturalismo**: reflexiones para un mundo plural. Madrid: Universidad Internacional de Andalucía/AKAL: 2003, p. 185

parecido com a antítese da pluralidade está a contaminar o espaço político, retirando-lhe exatamente essa qualidade do *político*.

A forma de resolução desse desacordo moral, em meio a tanta diversidade, relaciona-se à existência de um território de deliberação em que seja possível estabelecer processos de coordenação e cooperação entre as distintas concepções morais e políticas que compõem a sociedade plural¹³¹. É a afirmação de um espaço comum. Conceber um mundo de indivíduos isolados, cada qual a reivindicar indefinidamente direitos com base em sua singular concepção de justiça, significa conceber o estado de natureza hobbesiano¹³².

É por isso que necessitamos de um procedimento que traga em si mesmo essa divergência sobre o *justo*, que produza decisões *em meio ao* e *em razão do* desacordo. É nesse contexto que analisaremos o fenômeno jurídico e que investigaremos *o que a pluralidade exige do Direito*. Essas condições procedimentais e a função do Direito no âmago da sociedade plural, em meio à complexidade, serão trabalhadas nas páginas que seguem.

¹³¹ RUBIO-CARRACEDO, José. Pluralismo, multiculturalismo y ciudadanía compleja. In: O FARRELL, Pablo Badillo (coord.). **Pluralismo, tolerancia, multiculturalismo**: reflexiones para un mundo plural. Madrid: Universidad Internacional de Andalucía/AKAL: 2003, p. 189.

¹³² HOBBS, Thomas. **Leviatã**: ou matéria, forma e poder em um estado eclesiástico e civil. 2. ed. Trad. Rosina D'Angina. São Paulo: Ícone, 2000, p. 99. Para uma explicação orientada no experimento hobbesiano, ver LAPORTA, Francisco J. **El imperio de la ley**, 2007, p. 62.

PARTE II – O DIREITO NA SOCIEDADE PLURAL

Até aqui, esboçamos o que compreendemos por sociedade plural. Nosso projeto metodológico destina-se a enfrentar a problemática do “Direito por princípios” e, como estratégia para discutir esse tema, devemos nos perguntar *o que a pluralidade exige do Direito*. Isso é importante para que não se confundam as características da sociedade plural com as funções que o Direito desempenha nessa sociedade. Descrevemos a complexidade da sociedade contemporânea, facetas multiétnicas, noções de risco, rupturas com fundamentos pré-modernos. A tudo isso não pode o Direito estar alheio e tampouco se formar à margem da pluralidade. Porém, não é ele um instrumento de reprodução de contingências infundas. O Direito se organiza *na* pluralidade e organiza *a* pluralidade.

Organizar-se *na* pluralidade significa que o seu processo de formação *deve* considerar as distintas concepções morais e políticas dispersas na sociedade. Nada adianta falar em direitos multiculturais, em identidades singulares, em diversidade étnica e moral, se essas particulares individualidades não tiverem direito a participar na vida pública, na construção do ordenamento jurídico que as vincula. O reconhecimento das singularidades impõe o reconhecimento do direito de participação política, em uma aliança entre direitos fundamentais e soberania popular. Daí o nosso recurso ao pensamento de Jürgen Habermas.

Com um conceito de esfera pública adequado à modernidade¹³³, Habermas compreende que a legitimidade do Direito já não pode fundar-se em raízes metafísicas

¹³³ Quando nos referimos à pluralidade humana, ainda nos primeiros capítulos da primeira parte, utilizamos a expressão “esfera pública” no contexto das ideias de Hannah Arendt. Naquele momento, optamos por nos referir apenas à necessidade de que, diante da pluralidade humana, os assuntos comuns fossem resolvidos *entre* os homens, em um espaço público. Destacamos a necessidade de que houvesse um espaço de ação política, de deliberação, e que esse espaço considerasse às singularidades humanas, ao contrário das experiências totalitárias. Posteriormente, já em um cenário distinto do campo arendtiano, introduzimos questões relativas às sociedades modernas, complexas e multiculturais. É nesse contexto que habita a concepção de esfera pública de Habermas, fundada em noções discursivas, procedimentais e destinadas à inclusão das mais diversas formas de vida, em uma situação de busca por entendimento. Há, portanto, diferenças entre a noção de esfera pública em Hannah Arendt e em Jürgen Habermas, já que, em Arendt, há uma inclinação anti-moderna, com enfoque na preservação de um espaço republicano, que não deixe corroer as virtudes cívicas em razão do isolamento humano. Para uma análise mais precisa dessas diferenças, que inclui ainda uma visão liberal da esfera pública, ver BENHABIB, Seyla. *Models of Public Space: Hannah Arendt, the Liberal Tradition and Jürgen Habermas*. In: CALHOUN, Craig (ed.). **Habermas and the Public Sphere**. Cambridge, Massachussets: The MIT Press, 1996, p. 73. Para Benhabib, a concepção de esfera (espaço) público em Hannah Arendt, fundada na experiência política grega, apenas pode ser observada em um cenário de homogeneidade moral e ausência de anonimato, em que iguais definem a agenda política. Na modernidade, entretanto, a esfera pública é “porosa” e a agenda política não pode ser definida com base em qualquer critério moral comum (p. 79).

ou em requisitos morais pré-políticos, mas essencialmente no próprio processo de formação do Direito, isto é, na obediência a condições procedimentais que permitam a elaboração racional de normas jurídicas, *em consideração* ao desacordo e à diversidade. A teoria habermasiana é uma teoria essencialmente normativa. Ela, ao menos no aspecto da participação política, prescreve como o Direito *deve ser*; ou melhor, como *deve ser* o processo de formação do Direito em uma sociedade plural. Por isso, talvez fosse mais adequado afirmar não que o Direito organiza-se na pluralidade, mas que *deve* organizar-se na pluralidade.

Organizar a pluralidade é função do Direito em sociedades complexas. Se em Habermas constatamos a importância da democracia para a legitimidade do Direito, em Niklas Luhmann observamos o realce a aspectos funcionais¹³⁴, que caracterizam o Direito como estrutura destinada a estabilizar expectativas normativas de comportamento. A diversidade de opiniões e de concepções políticas *deve*, segundo Habermas, integrar o processo de construção da ordem jurídica; porém, também se coloca uma singela indagação: diante de tanta diversidade, de tantas expectativas, de convívios tão múltiplos, de tão amplo dissenso, para que efetivamente serve o Direito – para reproduzir ou para reduzir essa complexidade?

É nesse contexto, na descrição do funcionamento dos sistemas sociais e, em especial, do funcionamento do Direito, que Luhmann aborda a redução da complexidade, uma vez que o sistema jurídico seleciona expectativas cognitivas e as converte em expectativas normativas, estabilizando-as e permitindo – assim – que haja, em uma seara complexa e contingente, coordenação social, segurança das expectativas e orientação para o comportamento. Luhmann não está preocupado em prescrever um modelo de sociedade, mas em fornecer uma descrição, a partir de uma matriz teórica sistêmica¹³⁵, do funcionamento e da organização social em meio à pluralidade.

¹³⁴ Entende-se por “análise funcional” uma maneira de observar o Direito a partir das “funções” ou tarefas que empreende para a sociedade. Consiste em enfrentar à pergunta: para que serve o Direito? Ver ARNAUD, André-Jean; FARIÑAS DULCE, Maria José. **Introdução à análise sociológica dos sistemas jurídicos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, pp. 138-139. Os autores posicionam Niklas Luhmann no contexto do método funcional, assinalando que Luhmann buscou “ultrapassar as definições do conceito de função ontológicas, apriorísticas e objetivistas, exatamente como haviam sido construídas pelo funcionalismo clássico” (p. 165).

¹³⁵ Poder-se-ia objetar a esta tentativa de utilizar Habermas e Luhmann no mesmo espaço metodológico, embora ambos venham ao texto por razões distintas, o fato de que Habermas integraria uma matriz pragmática e Luhmann uma matriz sistêmica. Leonel Severo Rocha, procurando repensar as matrizes epistemológicas, elabora a matriz pragmático-sistêmica, que toma em consideração, no escopo da teoria dos sistemas, também a noção de democracia, que – em Rocha – apoia-se na teoria de Claude Lefort.

Não desconhecemos as sofisticadas discussões que envolvem as ideias de Luhmann e Habermas, sobretudo naquilo que as diferencia e que as torna, em algum ponto, adversárias¹³⁶. Não temos, contudo, a pretensão de formular uma síntese das duas linhas teóricas, tampouco o objetivo de apontar insuficiências em cada concepção. Trata-se, em essência e tão somente, de explorar o fundamento democrático da teoria de Habermas e de utilizar os atributos funcionais que Luhmann observa no sistema jurídico. Após essa incursão, estaremos em condições de firmar as exigências que a pluralidade impõe ao Direito.

1. DIREITO E COMPLEXIDADE NO PENSAMENTO DE JÜRGEN HABERMAS

Não seria demasiado dizer que Habermas é um dos autores mais utilizados para o enfrentamento de temas que envolvem problemas discursivos, perspectivas deliberativas, relações entre Direito e moralidade, argumentação jurídica. Reforçamos, por isso mesmo, o alerta de que não se empreenderá aqui uma investigação às minúcias do pensamento habermasiano. Uma visão global de suas ideias serve para que não caiamos em incoerências. Nosso intento é verificar de que maneira Habermas caminha para o enfrentamento da complexidade.

A preocupação de Habermas com a legitimidade do Direito, essencialmente com a tensão entre facticidade e validade, exige que assentemos, brevemente, o seu paradigma discursivo, associado à ideia de que a integração social é alcançada por meio da linguagem intersubjetivamente compartilhada¹³⁷. Nesse sentido, abordaremos – em um primeiro momento – o processo de formação discursiva da opinião e da vontade, apontando a maneira como esse processo se relaciona com a noção de esfera pública. Na sequência, passamos a discutir a importância do procedimento deliberativo na teoria

ROCHA, Leonel Severo. **Epistemologia jurídica e democracia**. São Leopoldo: Unisinos, 1998, pp. 96-100.

¹³⁶ Para uma crítica de Habermas à teoria dos sistemas, ver HABERMAS, Jürgen. **Teoría y praxis**. Estudios de filosofía social. Madrid: Tecnos, 1987, p. 21. Importa, ainda, recorrer aos comentários de Mario Losano sobre o debate entre Habermas e Luhmann, que, segundo Losano, termina por representar um embate em torno de posições políticas – a de Luhmann apontada como conservadora e a de Habermas como progressista. Habermas indicaria que a teoria sistêmica transforma qualquer problema prático em uma questão técnica, subtraindo-o da discussão pública. Ver LOSANO, Mario G. **Sistema e estrutura no direito**. Vol. 3. Do século XX à pós-modernidade. Trad. Carlos Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2011, pp. 304-305. Nota-se, portanto, que as polêmicas envolvendo Habermas e Luhmann vão além da divergência teórica, de matriz, alcançando tentativas de classificar politicamente ambos os autores. Essa preocupação, definitivamente, é secundária ou insignificante em nosso estudo.

¹³⁷ HABERMAS, Jürgen. **Pensamento pós metafísico**: estudos filosóficos. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990, p. 95.

habermasiana, isto é, a vinculação entre a legitimidade do Direito e a observância de condições procedimentais que permitem a elaboração da legislação pelos próprios membros da comunidade. É nesse cenário que Habermas interpreta e enfrenta a complexidade contemporânea. A base de nosso estudo é a obra *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*¹³⁸, com o auxílio, claro, de outros trabalhos de Habermas e sobre Habermas.

1.1. O agir comunicativo e a formação discursiva da opinião e da vontade

A complexidade da sociedade moderna, na concepção de Habermas, está estreitamente associada à presença de uma moral pós-convencional, ao abandono dos paradigmas da filosofia da consciência¹³⁹ e à presença do agir comunicativo orientado ao entendimento¹⁴⁰. Cuida-se, em essência, do desenlace em relação a fundamentos metafísicos, religiosos e vinculados à moral tradicional, já que a moralidade, no contexto moderno, está orientada por princípios universalistas que possibilitam a integração social em torno de uma projeção consensual¹⁴¹. Sobre a ação comunicativa como mecanismo de integração social, no horizonte do “mundo da vida”, dedicamos algumas palavras preliminares.

1.1.1. Ação comunicativa, mundo da vida e a orientação ao entendimento

O agir comunicativo pressupõe um espaço em que as pretensões de validade estão expostas à crítica; isto é, em que se evidencia a necessidade de exposição do argumento, em uma atuação essencialmente discursiva. Os indivíduos se comunicam por meio de sinais que se supõem válidos e verdadeiros, ou, mais especificamente, na

¹³⁸ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. Volumes I e II. 2 ed. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro: 2003. Consultamos também a edição em inglês: HABERMAS, Jürgen. **Between Facts and Norms**. Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy. Trad. Willian Rehg. Cambridge, Massachussets: The MIT Press, 1998.

¹³⁹ NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil**. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2012, pp. 52-53.

¹⁴⁰ O agir comunicativo orientado ao entendimento (força consensual do entendimento linguístico) distingui-se, segundo Habermas, do agir estratégico, em que a coordenação da ação está apoiada na “racionalidade teleológica dos planos individuais de ação”. HABERMAS, Jürgen. **Pensamento pós metafísico**, 1990, p. 72. O agir estratégico não está orientado ao entendimento, mas ao fim racional de seu próprio sucesso, não podendo, por isso, submeter-se aos critérios públicos de racionalidade (Ibidem, pp. 82-83). Saliente-se, ademais, que o agir estratégico está intimamente ligado à ideia de *influência*, quando algo externo à aceitação mútua de razões válidas opera na comunicação. Sobre esse ponto, ver BAXTER, Hugh. **Habermas: The Discourse Theory of Law and Democracy**. Satanford, California: Stanford University Press, 2011, p. 13.

¹⁴¹ NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil**, 2012, p. 53.

formulação de proposições¹⁴². Estas se distinguem dos pensamentos em razão da exteriorização. Uma vez elaboradas em um processo comunicativo, as proposições representam fatos, apoiados em pretensões de validade questionáveis. É nesse sentido que Habermas desenvolve a noção de *resgatabilidade de pretensões de validade*¹⁴³. Aquele que age comunicativamente levanta razões calcadas em pretensões de validade. Estas razões são constantemente resgatadas nas mais diversas situações de comunicação. É simplesmente a possibilidade de retomar a mesma estrutura argumentativa, a mesma premissa discursiva, no seio da interação social.

Uma maneira de compreender essa ideia – central para a integração social na teoria habermasiana – é pensar, analogicamente, na formação de precedentes; ou melhor, no uso de precedentes como parte da fundamentação de decisões judiciais. Se compreendermos a decisão judicial em uma perspectiva discursiva, sempre dependente de argumentação, constataremos que ela está constantemente sujeita a questionamentos argumentativos¹⁴⁴. Juízes utilizam precedentes com o intuito de resgatar uma pretensão de validade, isto é, de buscar um argumento considerado válido em uma circunstância “x” para a resolução de um caso “y”, para o qual se entenda adequado o uso das mesmas razões. Cuida-se de resgatar proposições criticáveis, no intuito de inseri-las em uma nova situação discursiva, cujo resultado, em suma, é a integração sistemática e estruturada de razões jurídicas. O uso compartilhado da linguagem por indivíduos que interagem comunicativamente orienta-se de modo similar.

O interessante é que o agir orientado pelo entendimento, no âmago da interação social, envolve a exigência do reconhecimento¹⁴⁵. Isso significa que a ação comunicativa tem um atributo normativo: ela prescreve que os participantes devem definir de modo cooperativo os seus planos de ação, sempre em consideração ao outro, à posição do outro.¹⁴⁶ Trata-se, assim, de um empreendimento compartilhado, conectado à nossa insistência – ao abordar o desacordo em sociedades plurais – em enfatizar que o

¹⁴² HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Vol. I. 2003, p. 29.

¹⁴³ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Vol. I. 2003, p. 37.

¹⁴⁴ Nesse sentido, assinala Habermas: “argumentos não têm apenas uma função de redundância, uma vez que dispõem naturalmente de dois gumes: ao mesmo tempo em que garantem a coerência de um estoque de saber, são inovativos, uma vez que interpretam de modo novo a novidade que aparece e transformam contextos do saber. Por isso, as decisões jurídicas fundamentais necessitam de uma carga maior de argumentos do que decisões de rotina”. HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Vol. I. 2003, p. 76.

¹⁴⁵ HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro: estudos de teoria política**. Trad. George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002, p. 164.

¹⁴⁶ HABERMAS, Jürgen. **Pensamento pós metafísico**, 1990, p. 72.

dissenso é resolvido na perspectiva de um mundo comum. Portanto, este é um aspecto a sublinhar na ideia da comunicação como forma de interação social: os planos de ação devem ser definidos pelos próprios participantes, com respeito e reconhecimento recíprocos¹⁴⁷.

O agir, conforme já observamos, é orientado pelo entendimento. Isso, contudo, não quer dizer que Habermas ignore a presença do desacordo¹⁴⁸. Habermas aponta que sociedades tribais, por exemplo, são sociedades que se integram com risco de dissenso muito baixo, uma vez que se estruturam sobre princípios morais sacralizados. Sociedades modernas, contudo, cuja complexidade é marcante, convivem com um alto risco de dissenso¹⁴⁹. A ação comunicativa é essencialmente envolvida pelo fato de que os indivíduos, plurais entre si, discordam uns dos outros em questões fulcrais. Para Habermas, no entanto, existe uma espécie de consenso profundo, caracterizado por convicções não problematizadas, por uma espécie de certeza imediata¹⁵⁰. É nesse contexto que se desenvolve o conceito de *mundo da vida*¹⁵¹.

O mundo da vida é o “pano de fundo”¹⁵² para o agir comunicativo. Trata-se do horizonte em que os agentes comunicativos podem se movimentar¹⁵³. É uma espécie de “saber pressuposto”, presente de modo implícito e “pré-reflexivo”¹⁵⁴. Não é um conceito de fácil apreensão. Porém, é preciso entendê-lo exatamente como horizonte, como “moldura simbólica de referência da ação comunicativa”¹⁵⁵. Cultura, sociedade e personalidade são os três componentes estruturais do mundo da vida¹⁵⁶. Por meio da

¹⁴⁷ Evidentemente, esta é uma perspectiva ideal. Poder-se-ia pensar (ou objetar) que esse respeito e reconhecimento recíprocos inexistem de fato. O importante, contudo, é que a ideia de participação e reconhecimento deve constituir um norte, essencialmente uma prescrição, cuja execução encontra obstáculos dos mais diversos. Seria ingenuidade negar a dificuldade. Todavia, do ponto de vista teórico, no estudo de uma teoria da sociedade vinculada à democracia, é exigência democrática a compreensão da participação dos membros da comunidade no processo de atribuição de direitos e deveres. As instituições devem construir procedimentos orientados a esse fim.

¹⁴⁸ Pelo contrário, Habermas é consciente de que as sociedades modernas são pluralistas em relação à visão sobre a justiça e que se articulam com amplo dissenso moral. HABERMAS, Jürgen. **Verdade e Justificação**: ensaios filosóficos. Trad. Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2004, pp. 55-56.

¹⁴⁹ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Vol. I. 2003, p. 40.

¹⁵⁰ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Vol. I. 2003, p. 40.

¹⁵¹ “O conceito de mundo da vida é, fundamentalmente, uma concepção parcial de sociedade, em referência a esferas de ação socialmente integradas” (tradução nossa). BAXTER, Hugh. **Habermas: The Discourse Theory of Law and Democracy**. Op. cit., p. 151.

¹⁵² HABERMAS, Jürgen. **Pensamento pós metafísico**, 1990, p. 92.

¹⁵³ NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã**: uma relação difícil, 2012, p. 68.

¹⁵⁴ HABERMAS, Jürgen. **Pensamento pós metafísico**, 1990, p. 92.

¹⁵⁵ NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã**: uma relação difícil, 2012, p. 69.

¹⁵⁶ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Vol. I. 2003, p. 111. É interessante (inclusive para que o conceito seja mais bem compreendido) transcrever as palavras do autor: “O mundo da vida configura-se

linguagem, esses componentes se reproduzem e se interconectam; isto é, eles não constituem “sistemas que formam ambientes uns para os outros”¹⁵⁷, não são isolados.

Na ação comunicativa, os indivíduos interagem de maneira compartilhada, cada um com suas singularidades e expectativas particulares. Na ótica habermasiana, essa comunicação é destinada ao entendimento, na busca de um consenso intersubjetivo, orientado por critérios racionais do discurso. O mundo da vida contribui para a possibilidade desse consenso, desse entendimento, na medida em que serve de “terreno” e “levanta um muro contra surpresas que provêm da experiência”¹⁵⁸. Ele é formado, conforme já salientamos, por estruturas de personalidade, pela cultura e pela sociedade, é pré-reflexivo e serve de horizonte para a comunicação. É no mundo da vida que são viabilizadas situações consensuais¹⁵⁹, pois – embora a experiência de uma sociedade complexa seja afetada pela contingência e pela problematização – “existem padrões de interpretação consentidos”¹⁶⁰, que servem de apoio, de substrato firme às circunstâncias discursivas do cotidiano.

O mundo da vida é reproduzido também por meio do agir comunicativo. Ao mesmo tempo em que é horizonte e “pano de fundo”, ele se evidencia em cada ato de comunicação, cada vez que se compartilha linguagem, cada vez que a tríade personalidade/sociedade/cultura se movimenta. Na concepção de Habermas, os indivíduos, em sua pluralidade e orientados pelo entendimento, expõem as suas pretensões de validade por meio da comunicação. Conforme já salientamos, a ação comunicativa requer a submissão a critérios públicos de racionalidade. Esses critérios são questionáveis, evidentemente. A questão é que esse processo depende de um espaço em que todos os indivíduos possam participar, apoiados pelo mundo da vida e reproduzindo o mundo da vida. É preciso que exista uma arena em que seja possível,

como uma rede ramificada de ações comunicativas que se difundem em espaços sociais e épocas históricas; e as ações comunicativas, não somente se alimentam das fontes das tradições culturais e das ordens legítimas, como também dependem das identidades de indivíduos socializados. Por isso, o mundo da vida não pode ser tido como uma organização superdimensionada, à qual os membros se filiam, nem como uma associação ou liga, na qual os indivíduos se inscrevem, nem como uma coletividade que se compõe de membros”. Sobre as definições de cultura, personalidade e sociedade, ver HABERMAS, Jürgen. **Pensamento pós metafísico**, 1990, p. 96.

¹⁵⁷ HABERMAS, Jürgen. **Pensamento pós metafísico**, 1990, p. 99. Aqui já se pode notar uma crítica à noção sistêmica de Niklas Luhmann.

¹⁵⁸ HABERMAS, Jürgen. **Pensamento pós metafísico**, 1990, p. 93.

¹⁵⁹ NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil**, 2012, p. 78.

¹⁶⁰ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Vol. I. 2003, p. 40.

por meio do reconhecimento e da alteridade, o exercício dessa ação voltada para o entendimento. Daí surge a necessidade de pensar o conceito de esfera pública.

1.1.2. O uso público da razão e a esfera pública pluralista

Aqui já é preciso repisar um traço fundamental: a interação social e a integração social são garantidas, segundo Habermas, por meio da linguagem compartilhada intersubjetivamente, da ação comunicativa orientada ao entendimento. Se isto é assim, tem-se que essa comunicação busca, ao fim e ao cabo, o acordo¹⁶¹. Na medida em que o ato de fala gera expectativas que, no âmbito social, são compartilhadas, constrói-se um processo fundado racionalmente e que permite a coordenação das ações¹⁶². Se os participantes ingressam no discurso racional, e orientados pelo entendimento, o resultado proporcionará conteúdos universais que permitem o assentimento de todos os envolvidos¹⁶³.

Essa perspectiva, entretanto, pode enfrentar algumas objeções, uma vez que – fixada no alcance do consenso – talvez desconsidere (ou considere de modo insuficiente) o desacordo no processo de formação da opinião e da vontade. Marcelo Neves, por exemplo, entende que a ocorrência do consenso na interação é meramente eventual e afirma, de modo peremptório, que, no marco de sociedades complexas, “não há condições para a emergência de uma moral orientada procedimentalmente para a construção do consenso”¹⁶⁴. O consenso deve repousar sobre a construção de uma esfera pública que absorva o dissenso generalizado existente na sociedade, que possa abarcar a diversidade das formas de vida. Assim, Marcelo Neves conclui que deve haver um consenso sobre procedimentos que viabilizem o “dissenso conteudístico”¹⁶⁵.

Concordamos com a reflexão proposta por Marcelo Neves no que concerne especificamente a esse universalismo moral, a uma suposta possibilidade de que todos os envolvidos concordem com o conteúdo das decisões tomadas por eles mesmos, a partir do discurso¹⁶⁶. Aprofundaremos um pouco mais esse ponto quando tocarmos no

¹⁶¹ GARCIA AMADO, Juan Antonio. **La Filosofía del Derecho de Habermas y Luhmann**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1997, p. 78.

¹⁶² GARCIA AMADO, Juan Antonio. **La Filosofía del Derecho de Habermas y Luhmann**. 1997, p. 79.

¹⁶³ GARCIA AMADO, Juan Antonio. **La Filosofía del Derecho de Habermas y Luhmann**. 1997, p. 82.

¹⁶⁴ NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil**, 2012, p. 129.

¹⁶⁵ NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil**, 2012, p. 136.

¹⁶⁶ É preciso sublinhar que o próprio Habermas revisou essa noção. Ele mantém a ideia de aceitabilidade racional de todos os indivíduos, mas reconhece que um conceito de verdade epistêmico não seria

problema da legitimidade do Direito em Habermas. O que é indispensável, por ora, em consideração a nossa tarefa de relacionar Direito e complexidade, é verificar como Habermas estrutura a esfera pública. E, nesse sentido, cumpre anotar que existe uma insistente preocupação com a garantia de procedimentos que assegurem a participação de múltiplas formas de vida no processo de formação da opinião e da vontade. O consenso seria uma situação ideal, para a qual o próprio discurso é orientado, mas a arena que viabiliza o entendimento é edificada na diversidade. Trata-se, pois, de uma esfera pública pluralista.

Habermas compreende a esfera pública como uma “rede adequada para a comunicação de conteúdos, tomadas de posição e opiniões; nela os fluxos comunicacionais são filtrados e sintetizados a ponto de se condensarem em opiniões públicas”¹⁶⁷. Cuida-se, nesse contexto, de compreender a esfera pública como o espaço adequado para captar os anseios dos mais diversos grupos sociais, em relação aos mais distintos temas. Isso passa por uma idônea institucionalização dos discursos por meio da sociedade civil. Habermas argumenta que a sociedade civil é composta de “movimentos, organizações e associações, os quais captam os ecos dos problemas sociais que ressoam nas esferas privadas, condensam-nos e os transmitem, a seguir, para a esfera pública política”¹⁶⁸.

É por isso que Habermas enfatiza a necessidade do desenvolvimento de espaços de deliberação que permitam a participação da comunidade comunicacional, para que a esfera pública – por meio de procedimentos de institucionalização – consiga captar efetivamente os interesses sociais. É nesse sentido que ele desenvolve uma ideia que, para nosso estudo, é muito mais interessante e muito menos controversa que a noção idealizada de consenso: trata-se da política deliberativa, do modo procedimental de conceber a democracia. Para Habermas, “o processo da política deliberativa constitui o âmago do processo democrático”¹⁶⁹.

Isso porque a política deliberativa, para ele, estrutura-se a partir dos pressupostos comunicacionais da ética do discurso, o que permite o entendimento e a coesão social

adequado para as circunstâncias de dissenso modernas, preferindo, então, um conceito pragmático de verdade. Isso representa certa consideração ao contexto (espaço e tempo) de fala. Habermas mantém um conceito de verdade (o pragmático), entendendo que é pela argumentação racional que se pode alcançar essa verdade. HABERMAS, Jürgen. **Verdade e Justificação**, 2004, pp. 48-49 e p. 255.

¹⁶⁷ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Vol. II. 2003, p. 92.

¹⁶⁸ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Vol. II. 2003, p. 99.

¹⁶⁹ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Vol. II. 2003, p. 18.

entre pessoas estranhas e distintas entre si¹⁷⁰. Ela está centrada na importância da argumentação, na possibilidade de deliberação inclusiva e pública, que permite a prevalência do melhor argumento¹⁷¹. A essência da política deliberativa, assinala Habermas, “consiste precisamente numa rede de discursos e de negociações, a qual deve possibilitar a solução racional de questões pragmáticas, morais e éticas”¹⁷². A existência do procedimento deliberativo tem, ainda, a vantagem de preservar a autonomia privada e de desenvolver a autonomia pública do cidadão¹⁷³, envolvido no processo de formação institucionalizada e racional da opinião e da vontade.

Essa é, em síntese, a noção de esfera pública em Habermas. Torna-se importante, nessa linha, sublinharmos alguns pontos que nos permitem começar a entender como a complexidade da sociedade moderna vai sendo paulatinamente captada. No item seguinte, adentraremos especificamente nos meandros jurídicos, mas antes já é possível observar determinados instrumentos seletivos, redutores da complexidade. A esfera pública é um deles. Habermas assenta isso claramente: “as estruturas comunicacionais da esfera pública aliviam o público da tarefa de tomar decisões”¹⁷⁴. Uma vez edificada uma estrutura político-deliberativa que possibilita a captação dos argumentos assimilados pela esfera pública, há efetivamente um processo de seleção argumentativa, de configuração de opiniões públicas, que passa a determinar ou orientar a tomada de decisões políticas. O público não precisa debruçar-se em cada assunto, a cada vez.

Existem, de fato, inúmeros discursos dispersos na sociedade civil. Essa teia desestruturada, configurada a partir de dissensos morais e políticos, representa a complexidade da sociedade moderna. Habermas propõe a elaboração de procedimentos destinados a captar adequadamente essa complexidade. Mas isto não implica, vale dizer, a reprodução desse insolúvel desacordo. A presença de uma esfera pública, em consideração aos mecanismos de deliberação política, filtra esses discursos, seleciona argumentos mais consistentes e que podem ser racionalmente assimilados. A partir daí, organiza-se um feixe de pautas que formam a agenda política.

¹⁷⁰ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Vol. II. 2003, p. 33.

¹⁷¹ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Vol. II. 2003, p. 29.

¹⁷² HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Vol. II. 2003, p. 47.

¹⁷³ Nesse sentido, Habermas aduz que a teoria do discurso assimila conceitos liberais e republicanos. HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Vol. II. 2003, p. 19.

¹⁷⁴ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Vol. II. 2003, p. 93.

É claro, conforme já assinalamos, que existe uma controvérsia em torno dessa ideia de consenso material, de consenso em torno dos próprios argumentos selecionados pela esfera pública. Também não podemos olvidar que a política deliberativa em Habermas deve obedecer aos ditames da ética do discurso¹⁷⁵, do agir orientado pelo entendimento. Contudo, nada disso nos impede de constatar, nas lições habermasianas sobre democracia, (1) a presença de uma concepção procedimental destinada a permitir a coesão social e, como consequência, (2) apta a viabilizar a captação da complexidade. O procedimento destinado a assegurar a participação de diversas formas de vida, a assegurar a assimilação do dissenso em relação a conteúdos comunicacionais, está devidamente constatado. A seguir, veremos que esse aspecto tem estreita relação com a legitimidade do Direito. O enfrentamento desse ponto deixará mais clara a posição da formação da opinião e da vontade na obra de Habermas.

1.2. Condições procedimentais para a legitimidade e validade do Direito

A tese central de Habermas, identificada com o princípio do discurso, é a seguinte: “são válidas as normas de ação às quais todos os possíveis atingidos poderiam dar o seu assentimento, na qualidade de participantes de discursos racionais”¹⁷⁶. É essencialmente sobre o significado e implicações dessa tese que posicionaremos, neste momento, nossa reflexão.

1.2.1. A tensão entre facticidade e validade e a afirmação da autolegislação democrática

O assentimento racional de que cuida a tese habermasiana, por óbvio, não se dá em um contexto singelo e de homogeneidade axiológica. O espaço da facticidade é composto por uma teia de razões, padrões e costumes, canalizados *para* e filtrados *na*

¹⁷⁵ Ao aceitar o fato do pluralismo e ao rejeitar à ideia, para a modernidade, de uma consciência universalmente válida, Habermas salienta que a ética do discurso pressupõe liberdade comunicativa (sem coerção), em que cada um se situa na perspectiva dos demais. A argumentação é verificada intersubjetivamente. Ver HABERMAS, Jürgen; RAWLS, John. **Debate sobre el liberalismo político**. Barcelona: Paidós, 1998, p. 52.

¹⁷⁶ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Vol. I. 2003, p. 142. O autor faz um detalhamento interessante dessa tese: “O predicado ‘válidas’ refere-se a normas de ação e a proposições normativas gerais correspondentes; ele expressa um sentido não-específico de validade normativa, ainda indiferente em relação à distinção entre moralidade e legitimidade. Eu entendo por ‘normas de ação’ expectativas de comportamento generalizadas temporal, social e objetivamente. Para mim, ‘atingido’, é todo aquele cujos interesses serão afetados pelas prováveis consequências provocadas pela regulamentação de uma prática geral através de normas. E ‘discurso racional’ é *toda* a tentativa de entendimento sobre pretensões de validade problemáticas, na medida em que ele se realiza sob condições de comunicação que permitem o movimento livre de temas e contribuições, informações e argumentos no interior de um espaço público constituído através de obrigações ilocucionárias”.

esfera pública. Os desacordos morais e políticos, em uma sociedade multifacetada e complexa, integram e caracterizam o mundo da facticidade. Na medida em que os indivíduos, em tal contexto de dissenso, atuam comunicativamente, tornando criticáveis pretensões de validade (as quais devem ser fundamentadas quando resgatadas no discurso), aumenta a dificuldade para a institucionalização das razões disseminadas na sociedade civil¹⁷⁷.

Essa situação de complexidade, na medida em que afasta a facticidade da homogeneidade, eleva também a dificuldade de apreensão – pelo Direito – dessas razões articuladas no espaço público. Trata-se, pois, do que Habermas chama de tensão entre facticidade e validade. As normas jurídicas estão presentes no âmbito de validade e, em princípio, pretendem-se válidas quando traduzidas, pela positivação, em expectativas generalizadas. Para Habermas, a legitimidade do Direito está atrelada à aceitação racional das normas jurídicas, à circunstância de que os próprios indivíduos possam enxergar-se como produtores das normas que regulam o seu comportamento. É isso que, em linhas bastante sintéticas, é necessário deixar claro quando se fala em assentimento dos possíveis atingidos.

Nesse sentido, parece haver uma vinculação do critério de validade da norma jurídica ao critério de legitimidade. Serão válidas aquelas normas que puderem ser legítimas; e serão legítimas aquelas normas que, observadas as situações que permitam a produção racional da opinião e da vontade, puderem ser aceitas racionalmente por indivíduos implicados no processo de elaboração da legislação, do sistema de normas que orienta a comunidade política. Nas palavras do próprio Habermas: “só vale como legítimo o direito que conseguiu aceitação racional por parte de todos os membros do direito, numa formação discursiva da opinião e da vontade”¹⁷⁸.

A vinculação da legitimidade do Direito, e até da validade das normas jurídicas, à aceitação por parte dos membros de determinada comunidade, implica a negativa de uma concepção teórica que busque critérios de validade *fora* do âmbito de participação dos indivíduos que integram a sociedade. É a efetiva participação dos cidadãos em um

¹⁷⁷ Habermas entende que essa dinâmica multifacetada exige, na verdade, legitimação; isto é, cresce a necessidade de legitimação discursiva. HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Vol. I. 2003, p. 131.

¹⁷⁸ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Vol. I. 2003, p. 142. Ele acrescenta, ainda, que não é a forma do Direito que legitima a força do poder político, mas a maneira pela qual ele foi – de modo legítimo – estatuído.

procedimento racional que permite avaliar se as normas têm validez ou não têm validez. Trata-se de uma relação que se estabelece entre o direito positivo e a prática deliberativa, alicerçada no seio da facticidade. Daí a impossibilidade de, na ótica habermasiana, fundar-se o Direito em critérios de validade moral¹⁷⁹ ou jusnatural, em algo que pré-exista à própria “formação da vontade dos cidadãos”¹⁸⁰. É a “autolegislação democrática”¹⁸¹ que legitima o Direito.

Aliás, é essa falta de consideração à exigência de legitimidade que Habermas aponta como a falha principal do positivismo jurídico, que não conseguiu afastar-se da circularidade entre legalidade e legitimidade, uma vez que não oferece fundamento de legitimidade algum ao uso da força por parte das esferas de exercício do poder¹⁸². Há, neste aspecto, uma relação entre Direito e moralidade, já que – para Habermas – o processo de elaboração do Direito deve obedecer aos postulados da ética discursiva¹⁸³. O poder estatal deve, portanto, estar alicerçado em um poder comunicativo capaz de normatizar as expectativas dos cidadãos; e a legitimidade do Direito, bem como do exercício do poder, é extraída desse fluxo comunicativo¹⁸⁴.

Mas o que seria, então, esse processo de autolegislação democrática? Em que consistiria essa prática deliberativa ideal que condiciona não apenas a legitimidade, mas a própria validade da ordem jurídica? Que tipo de procedimento é esse que envolve cooperação e reconhecimento intersubjetivo de direitos? Trata-se, em suma, da consolidação de condições procedimentais que aliem a soberania popular e os direitos fundamentais¹⁸⁵, que se pressupõem reciprocamente¹⁸⁶. Assim, em primeiro lugar, assegura-se a indisponibilidade da liberdade comunicativa pelo Direito. E essa indisponibilidade, paradoxalmente, é garantida pela própria ordem jurídica, por meio

¹⁷⁹ Isso não quer dizer que Habermas não identifique conexões entre Direito e Moral. Uma delas corresponderia ao fato de que ambas orientam-se pelo mesmo princípio discursivo. O Direito, apesar de ter uma linguagem própria, deve estar aberto a considerações morais. Nas palavras de Juan Antonio Garcia Amado: “la separación entre derecho y moral se manifiesta únicamente a nivel de las normas particulares, no a escala del ordenamiento jurídico en su conjunto, que requiere el mencionado fundamento moral, su congruencia con los postulados procedimentales de la ética discursiva”. GARCIA AMADO, Juan Antonio. **La Filosofía del Derecho de Habermas y Luhmann**. 1997, p. 90.

¹⁸⁰ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Vol. I. 2003, p. 188.

¹⁸¹ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Vol. I. 2003, p. 131.

¹⁸² GARCIA AMADO, Juan Antonio. **La Filosofía del Derecho de Habermas y Luhmann**. 1997, p. 98.

¹⁸³ GARCIA AMADO, Juan Antonio. **La Filosofía del Derecho de Habermas y Luhmann**. 1997, pp. 98-99. O autor argumenta, ainda, que caberia entender que, uma vez ausente essa legitimação oriunda do procedimento racional e democrático de elaboração das leis, surgiria a justificativa para a desobediência civil.

¹⁸⁴ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Vol. I. 2003, p. 186.

¹⁸⁵ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Vol. I. 2003, p. 137.

¹⁸⁶ NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil**, 2012, p. 115.

dos direitos fundamentais¹⁸⁷. Não pode o processo político de construção normativa afastar a própria fonte de sua legitimação, que é, cumpre repetir, a prática comunicativa em um espaço de autonomia política.

Habermas identifica algumas categorias normativas fundamentais que devem integrar um código jurídico destinado a preencher o requisito de legitimidade e, por isso, a concretizar a sua pretensão de validade. São elas: “direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do direito à maior medida possível de iguais liberdades subjetivas de ação”; “direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do status de um membro numa associação voluntária de parceiros do direito”; “direitos fundamentais que resultam imediatamente da possibilidade de postulação judicial”¹⁸⁸. Aqui reside a prescrição de garantia do acesso à Justiça, na medida em que os membros da comunidade devem ter a possibilidade de proteger seus direitos individuais em uma seara imparcial e independente¹⁸⁹.

Mais especificamente quanto ao processo de autolegislação, assinala Habermas o núcleo que orienta a distribuição de direitos políticos: “direitos fundamentais à participação, em igualdade de chances, em processos de formação da opinião e da vontade, nos quais os civis exercitam sua autonomia política”¹⁹⁰. Tudo isso implica, na concepção do autor, “direitos fundamentais a condições de vida garantidas social, técnica e ecologicamente, na medida em que isso for necessário para um aproveitamento, em igualdade de chances”¹⁹¹, dos direitos acima discriminados. Cuidase, portanto, do estabelecimento de condições materiais mínimas para o próprio exercício dos direitos fundamentais políticos, cerne da tese habermasiana sobre a legitimidade do Direito. Habermas é radical: “não existe nenhum direito legítimo sem esses direitos”¹⁹².

A construção de um ordenamento jurídico fixado em tais bases fundamentais, segundo Habermas, representa a concretização do princípio do discurso do ponto de

¹⁸⁷ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Vol. I. 2003, p. 168. Diz o autor: “o poder político só pode desenvolver-se através de um código jurídico institucionalizado na forma de direitos fundamentais” (p. 171). São os direitos fundamentais que, ao fornecer as bases para o poder político e, inclusive, limitar o seu exercício, criam condições para a “participação em processos legislativos” (p. 171).

¹⁸⁸ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Vol. I. 2003, p. 159.

¹⁸⁹ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Vol. I. 2003, p. 161.

¹⁹⁰ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Vol. I. 2003, p. 159.

¹⁹¹ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Vol. I. 2003, p. 160.

¹⁹² HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Vol. I. 2003, p. 162.

vista formal e abstrato. No entanto, é preciso transpor essas condições procedimentais para a prática comunicativa da experiência intersubjetiva dos participantes; ou seja, como são os próprios participantes¹⁹³ que definem as normas que regulam e orientam as suas ações, os “direitos políticos procurados têm que garantir, por isso, a participação em todos os processos de deliberação e de decisão relevantes para a legislação”¹⁹⁴. Nessa medida, no bojo da perspectiva do participante, é necessário observar mecanismos de autolegislação e de efetiva participação, sempre em consideração aos elementos do princípio do discurso: reconhecimento, simetria, imparcialidade e racionalidade¹⁹⁵.

Não basta, portanto, o mero estabelecimento dos direitos fundamentais na Constituição para que eles provoquem uma irradiação capaz de *definir* a substância da legislação, como se o conteúdo desses direitos estivesse dado¹⁹⁶, à disposição, estabelecido previamente à experiência político-deliberativa. São os próprios indivíduos que, na prática discursiva e atuando como “legisladores”, definem o alcance desses direitos¹⁹⁷. O que é indisponível é exatamente a liberdade comunicativa, é o direito de participação para a construção contínua do sistema de direitos. O Direito é, em tal contexto participativo, não apenas um sistema simbólico ou um sistema de saber, mas essencialmente um sistema de ação¹⁹⁸.

1.2.2. O reforço ao procedimento e a redução legítima da complexidade

Começaremos esta abordagem pela seguinte afirmativa de Habermas: “a justiça da lei é garantida através do processo especial de seu surgimento”¹⁹⁹. Essa frase é categórica e decisiva porque refuta, mais uma vez, a vinculação da justiça a princípios morais fornecidos *a priori*. Mas ela é ainda mais importante porque torna transparente a concepção procedimental de Habermas; e, note-se, não se trata apenas de uma concepção procedimental da democracia, mas de uma concepção procedimental sobre a justiça, sem que olvidemos, claro, a relação intrínseca entre justiça e democracia no horizonte da teoria do discurso.

¹⁹³ HABERMAS, Jürgen. **Verdade e Justificação**, 2004, p. 264.

¹⁹⁴ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Vol. I. 2003, p. 164.

¹⁹⁵ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Vol. I. 2003, p. 143.

¹⁹⁶ Habermas rejeita a leitura dos direitos fundamentais como se fossem direitos naturais. HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Vol. I. 2003, p. 165.

¹⁹⁷ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Vol. I. 2003, p. 163.

¹⁹⁸ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Vol. I. 2003, p. 150.

¹⁹⁹ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Vol. I. 2003, p. 235.

Observemos com atenção. Agora parece fazer mais sentido a tese de que a validade das normas jurídicas depende do critério de legitimidade e, por conseguinte, depende do assentimento de todos os envolvidos. Apreciamos as exigências da ética do discurso e constatamos que o Direito somente pode reclamar legitimidade (e, assim, validade) se os indivíduos a que se destina a aplicação das normas participam, em condições de igualdade, agindo comunicativamente e não apenas estrategicamente, do processo de elaboração de tais normas. Em palavras singelas e já exaustivamente referidas: é a autolegislação democrática que legitima o Direito²⁰⁰.

Ocorre que, além da prática deliberativa, Habermas mantém a necessidade de que os indivíduos, todos aqueles que participam desse processo, aceitem racionalmente o conteúdo das normas. Ninguém discordaria (ousamos afirmar) que tal exigência seria inviável e de pouca utilidade se interpretada de modo radical; isto é, se compreendida na pressuposição de que todos os membros da comunidade, um a um, confirmam assentimento a cada norma jurídica particularizada. Um projeto assim desenhado desconsideraria, no mínimo, dois aspectos: (1) a necessária ignorância dos indivíduos em relação a inúmeras normas e conjuntos de normas e (2) o insolúvel desacordo moral e político que caracteriza as sociedades plurais.

Falamos de ignorância em um sentido não pejorativo; ou seja, simplesmente para salientar que não faz sentido exigir de todos os indivíduos o assentimento em relação à regulação de procedimentos fiscais, por exemplo. Por que razão um professor de medicina estaria interessado em regras sobre isenção de tributos²⁰¹? Ou por que razão um piloto de avião deveria dar o seu consentimento racional às regras que disciplinam a profissão de advogado? As coisas estão inscritas em círculos especializados. Se eles se comunicam ou não, é outro assunto. Mas as pessoas não possuem condições de pensar sobre todas as normas que compõem um ordenamento complexo. No que concerne ao desacordo moral e político, basta voltar a pensar nas ideias de Jeremy Waldron, acerca

²⁰⁰ Habermas é ainda mais enfático: “não existe direito autônomo sem democracia realizada”. HABERMAS, Jürgen. **¿Cómo es posible la legitimidad por vía de legalidad?** Trad. Manuel Jiménez Redondo. *Doxa*, n. 5, 1988 (pp. 21-45), p. 45. Daí a construção exaustiva de uma teoria procedimental da democracia, que é, no fundo, a condição para a legitimidade e para a autonomia do Direito.

²⁰¹ Ele poderia, claro, ser inclusive destinatário de uma isenção, seja por uma condição pessoal ou mesmo em razão de algum interesse empresarial. O ponto aqui é que esse aspecto é absolutamente contingente. Eventualmente, em razão de alguma circunstância, nos damos conta de que somos regulados por normas sobre as quais jamais refletimos. Porém, trata-se de uma ignorância necessária, pois seria uma demasiada carga para o indivíduo e um custo muito alto para a coesão social se todos tivessem que, individualmente, aceitar cada norma jurídica.

das quais nos referimos na primeira parte desta dissertação. Não há razão para supor que católicos e ateus consintam, ambos, com a legislação sobre as hipóteses legais de interrupção da gravidez. Esse é um exemplo que ilustra a profundidade do dissenso.

É por esses dois aspectos que não parece apropriado interpretar esse assentimento racional de maneira (1) particularizada em relação às normas e, ao mesmo tempo, (2) generalizada em relação aos indivíduos. A legitimidade do Direito, portanto, não pode ser fundada nesse tipo de consenso. Ou não seria justamente porque nos desentendemos que existe o Direito?²⁰² Se fosse possível um entendimento intersubjetivo, generalizado e racional para cada questão, não precisaríamos de normas jurídicas destinadas a orientar o nosso comportamento. O dissenso estrutural existente em sociedades complexas reclama a instauração de procedimentos que permitam a resolução desse desacordo (não a sua extinção). O Direito é, portanto, fundado no dissenso e existe em razão do dissenso. Seria, pois, um contrassenso afirmar que a legitimidade do Direito, que existe porque não há consenso material, dependa exatamente de tal consenso sobre o conteúdo das normas²⁰³. É por isso que a questão da legitimidade deve repousar, dentro do contexto habermasiano, exclusivamente no procedimento. E a ideia de *aceitação racional* deve ser analisada nessa perspectiva.

No âmago de sociedades complexas, portanto, não há como fundar a legitimidade normativa em um acordo sobre o conteúdo. Habermas explica essa ideia de maneira singular: “quanto mais a substância de um consenso axiológico se evapora, mais a ideia de justiça se funde com a ideia de uma fundamentação (e de uma aplicação) imparcial das normas”²⁰⁴. Habermas ainda prossegue no desenrolar do argumento, deixando a concepção procedimental ainda mais transparente: “quanto mais a erosão de concepções naturais de justiça avança, mais a ‘justiça’ se purifica como um conceito procedural, mas de maneira nenhuma menos exigente”²⁰⁵. E vimos, ao elencar e discriminar as condições para um discurso ideal e para uma prática deliberativa inclusiva, que – de fato – o conceito de legitimidade habermasiano é deveras exigente.

²⁰² Nesse sentido, é muito curiosa e interessante a pequena história contada por Scott Shapiro para explicar o nascimento do Direito. Ver SHAPIRO, Scott J. **Legality**. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011, pp. 38-39.

²⁰³ GARCIA AMADO, Juan Antonio. **La Filosofía del Derecho de Habermas y Luhmann**. 1997, pp. 65.

²⁰⁴ HABERMAS, Jürgen. **Verdade e Justificação**, 2004, p. 298.

²⁰⁵ HABERMAS, Jürgen. **Verdade e Justificação**, 2004, p. 298.

É nesse sentido que Habermas aponta o que, para ele, constitui um ponto desprezado em *Law and Disagreement*, de Jeremy Waldron. Os indivíduos não aceitam²⁰⁶ as normas que a eles são impostas simplesmente em virtude do procedimento democrático, *seja ele qual for*. Faltaria a Waldron uma consideração *às razões* da maioria. Para Habermas, é preciso que o arranjo comunicativo seja suficientemente inclusivo e que haja condições epistêmicas efetivadas, como a consideração a todos os problemas relevantes, por meio de uma agenda política pautada pelo reconhecimento e que, de modo eficaz, baseie-se na esfera pública²⁰⁷. As razões têm de ser fundamentadas argumentativamente. É isso, em outras palavras, que permite que a minoria *aceite* racionalmente a decisão da maioria. Eis o contexto em que deve ser compreendida aquela ideia, aparentemente controversa, de aceitação de todos os possíveis afetados pela norma.

De fato, Waldron não se ocupa das condições discursivas para a formação da opinião e da vontade de que cuida, minuciosamente, Habermas²⁰⁸. Este ainda salienta que não é (como parece fazer crer Waldron) o respeito mútuo por opiniões dissonantes que explica a aceitação de decisões em relação às quais se discorda. Esse aspecto é apenas uma “condição de civilidade”²⁰⁹. O assentimento da minoria deriva de uma “expectativa razoável”²¹⁰ de que surja um resultado racional a partir da deliberação legislativa e isso tem a ver com o estabelecimento de um Direito legítimo. O que Habermas quer dizer, no fundo, é que as normas não se legitimam em razão da *formalidade* deliberativa. Não há legitimidade se essa deliberação, por exemplo, tiver

²⁰⁶ Podemos fazer uma distinção, então, entre *aceitar* e *concordar*. Em outras palavras, há uma diferença entre aceitar uma norma (independentemente do seu conteúdo) e estar de acordo com o que dispõe – materialmente – a norma. Parece-nos que Habermas está preocupado com o conteúdo do procedimento; isto é, com a sua qualidade. Um procedimento adequado (nos paradigmas do discurso) provoca a aceitação racional, o consentimento dos indivíduos em relação às normas jurídicas, independentemente do dissenso – caso a caso – em relação ao conteúdo específico de tais normas.

²⁰⁷ HABERMAS, Jürgen. **On Law and Disagreement. Some Comments on “Interpretative Pluralism”**. Ratio Juris. Vol. 16. N. 2. June, 2003 (pp. 187-194), p. 192.

²⁰⁸ Richard Posner aponta, em sentido semelhante, que falta a Waldron uma “teoria da democracia” que expresse quais procedimentos são necessários para que o produto da deliberação legislativa seja considerado realmente democrático. POSNER, Richard. **Review of Jeremy Waldron, Law and Disagreement**. Columbia Law Review, Vol. 100, N. 2. Mar., 2000 (pp. 589/592), p. 590. Posner acrescenta, ademais, que Waldron apresenta um cenário pouco realista sobre as legislaturas (p. 591).

²⁰⁹ HABERMAS, Jürgen. **On Law and Disagreement**, 2003, p. 191.

²¹⁰ HABERMAS, Jürgen. **On Law and Disagreement**, 2003, p. 190.

como objeto algo irrelevante (ausente dos canais da esfera pública), incluir insuficientemente os argumentos contrários ou desconsiderar as minorias²¹¹.

Ademais, ainda no contexto da crítica formulada a *Law and Disagreement*, Habermas pressupõe um consenso no nível dos princípios constitucionais. Nesse sentido, falar em um horizonte consensual na teoria habermasiana (no contexto de um agir comunicativo orientado ao entendimento) implica abordar a dimensão dos princípios. Para o autor, a Constituição teria um significado performativo, capaz de fornecer uma perspectiva normativa para as gerações futuras²¹². Os princípios, por sua vez, constituem o “ponto de referência compartilhado, a partir do qual os cidadãos podem criticar mutuamente as suas concorrentes interpretações”²¹³. Os princípios teriam, nesse âmbito, uma função essencialmente discursiva, permitindo que os participantes formulem proposições criticáveis *a partir e nos* limites desses princípios. Teriam os princípios, nessa senda, um papel importante para a aceitação racional da legislação.

Em sede de conclusão, ao findar esta tarefa de investigar a relação entre Direito e complexidade em Jürgen Habermas, cumpre-nos sublinhar, de maneira indispensável e a partir do panorama exposto, que a redução da complexidade não é a principal preocupação de Habermas. Antes, ele inclina seus esforços para construir uma teoria que viabiliza uma redução *legítima* da complexidade. Mas que efetivamente a reduz. As exigências da teoria do discurso compreendem a inclusão, a consideração igual a todos os envolvidos, o reconhecimento da diferença, a construção de uma esfera pública pluralista, entre tantos outros aspectos que, na verdade, apenas reforçam a importância do procedimento legislativo para a legitimidade do Direito.

²¹¹ Habermas se ocupa da qualidade deliberativa. Esta, já reforçamos, é essencial para a legitimidade do Direito. Essa caracterização, no entanto, deveria nos fazer pensar sobre a relação entre validade e legitimidade existente nessa teoria. Parece que não seria incorreto afirmar, no contexto habermasiano, que será tanto mais legítimo o ordenamento que se constituir de normas que representem aquilo que a sociedade, ao se expressar por canais públicos, espera cognitivamente. Assumir essa afirmação nos levaria a pensar a legitimidade como uma questão de grau. Restaria a indagação, contudo, acerca do momento em que o Direito deixa de ser legítimo e, assim, passa a sequer receber o atributo da validade. No fundo, Direito ilegítimo – na concepção de Habermas – seria uma contradição em termos. Porém, o problema é saber o quão baixa tem de ser a legitimidade para que consiga, inclusive, afastar a validade do ordenamento jurídico.

²¹² HABERMAS, Jürgen. **On Law and Disagreement**, 2003, p. 193.

²¹³ HABERMAS, Jürgen. **On Law and Disagreement**, 2003, p. 194. No original: “this shared point of reference that participants can mutually criticize their competing interpretations (...)”.

Para a sequência de nosso estudo, é muito importante assentar que, sim, é por meio de um procedimento legislativo legítimo que a complexidade da sociedade é captada; isto é, que o Direito seleciona, no seio de um processo discursivo, as expectativas que, normatizadas, têm como destinatários os participantes da comunidade. E aqui reside um ponto crucial, com o qual finalizamos este capítulo sobre Habermas: são esses mesmos participantes que elaboram o catálogo normativo que a eles será aplicado, reconhecendo-se, portanto, direitos e deveres de modo recíproco. A necessidade do procedimento legislativo confirma a ideia de captação/seleção/redução da complexidade. Mas ela não se reduz de *qualquer* modo. É a participação deliberativa e autolegislativa, no âmago da ética discursiva, a condição necessária para a sua legitimidade.

2. DIREITO E COMPLEXIDADE NO PENSAMENTO DE NIKLAS LUHMANN

Se compreender a relação entre Direito e complexidade em Habermas é essencial, sobretudo para afirmar a necessidade de que a ordem jurídica seja criada *pelos* participantes e *para* os participantes, não há como falar em *redução da complexidade* sem recorrer ao pensamento de Niklas Luhmann. Sua teoria, de cunho descritivo e funcional, diferencia-se da ótica habermasiana, cuja argumentação tende a prescrever um modelo específico para que o Direito, na modernidade, possa ser legítimo. Em Luhmann, identificamos uma inquietação muito mais vinculada à descrição do funcionamento de uma sociedade complexa, o que inclui minuciosa atenção às funções desempenhadas pelo Direito na contemporaneidade.

Alertamos outra vez que pouco perseguiremos as polêmicas que envolvem a teoria sistêmica e tampouco temos o objetivo de defendê-la de seus críticos. Acreditamos, todavia, que as ideias de Luhmann, cuja lucidez nos parece útil em tempos de desconstrução²¹⁴, auxiliam na compreensão das funções do Direito em uma seara de

²¹⁴ Quando falamos em desconstrução, poderíamos iniciar um debate a partir de muitos aspectos. Nosso intento principal é evitar que o Direito, e especialmente a sua aplicação, seja enxergado como um local onde *tudo é possível*. Nossa desconfiança, que aqui vale apenas registrar sem aprofundar, reside em certa promoção da fragmentação (ou da falta de consideração à unidade) provocada por um paradigma pós-moderno, cuja transposição para o fenômeno de aplicação do Direito exige certa atenção. Uma visão crítica sobre esse aspecto pode ser encontrada em NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã**: uma relação difícil, 2012, pp. 149-150. Para Neves, não se deve confundir dissenso em relação a conteúdos com dissensualismo pós-moderno. Leonel Severo Rocha, por sua vez, e com a cautela que aqui assinalamos, diz que a teoria de Luhmann “é uma concepção de mundo que pode ser chamada, na falta de outro nome, ‘pós-moderna’”, pois ela “acentua não a racionalidade, não o consenso, não a identidade, mas a produção

complexidade, sobretudo para que entendamos *como* e *porque* o Direito reduz complexidades e estabiliza expectativas de comportamento. Começaremos, antes de ingressar especificamente nesse ponto, abordando alguns aspectos centrais para a compreensão do funcionamento de sociedades complexas: as noções de diferenciação funcional e de reprodução autopoietica dos sistemas são alguns deles.

2.1. Entre a complexidade e a contingência: o Direito como sistema autopoietico

Nada há de ontológico na concepção sistêmica de Luhmann²¹⁵. Não existe nenhuma referência a pressupostos *a priori* definidos pela razão²¹⁶. Assim como Habermas, Luhmann analisa a modernidade ultrapassando vínculos com uma moral tradicional. Os fenômenos sociais são apreciados a partir de uma perspectiva evolutiva, que se deixa manifestar sempre no interior da própria sociedade. Os sistemas sociais possuem autonomia operacional e se diferenciam funcionalmente, de modo que seja possível – ao mesmo tempo – continuar a evolução e assegurar a reprodução sistêmica. Tudo isso, claro, em um cenário marcado pela contingência e pela complexidade.

2.1.1. Contingências, expectativas e a complexidade estruturada

Complexidade é um termo que muito já utilizamos neste trabalho e que, em Luhmann, tem definição precisa. Entende-se por complexidade “a totalidade das possibilidades de experiência ou ações, cuja ativação permita o estabelecimento de uma relação de sentido”²¹⁷. Ele esclarece um pouco mais o conceito, afirmando – de modo singular – que complexidade significa que “sempre há mais possibilidades do que se

da diferença, da fragmentação, da singularidade”. ROCHA, Leonel Severo. Da epistemologia jurídica normativista ao construtivismo sistêmico. In: ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. **Introdução à teoria do sistema autopoietico**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 30. Na verdade, o próprio Luhmann faz advertências quanto ao conceito de pós-modernidade: “sea como fuere, el concepto de ‘posmodernidad’ conduce a un camino errado. En él se subestima la continuidad estructural de la sociedad moderna (...). Por lo demás, el concepto permite que el pasado, y, concretamente, también, las autodescripciones hasta ahora presentadas del sistema jurídico de la sociedad moderna, aparezcan como algo más cerrado de lo que en realidad han sido”. **El derecho de la sociedad**. Trad. Javier Torres Nafarrante. Ciudad de México: Herder, 2005, p. 613.

²¹⁵ Para uma explicação sobre essa afirmação categórica, ver LUHMANN, Niklas. **Introdução à teoria dos sistemas**. 2. ed. Trad. Ana Cristina Arantes Nasser. Petrópolis: Vozes, 2010, p. 20.

²¹⁶ GARCIA AMADO, Juan Antonio. **La Filosofía del Derecho de Habermas y Luhmann**. 1997, p. 103. No mesmo sentido, NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil**, 2012, pp. 123-124.

²¹⁷ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Tradução: Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p. 12.

pode realizar”²¹⁸. Por *contingência*, ademais, entende-se “o fato de que as possibilidades apontadas para as demais experiências poderiam ser diferentes das esperadas”²¹⁹.

A complexidade decorre da falta de informação²²⁰; isto é, nunca se sabe exatamente quantas ações ou experiências alternativas poderiam ser empreendidas, concebidas. Em outras palavras: existe um campo ilimitado de possibilidades para a experiência²²¹ e isso se acentua, conforme já observamos, no âmago multicultural das sociedades modernas. Pensemos na esfera pública de Habermas. Cuida-se de um espaço destinado não apenas ao uso público da razão, mas para que – racionalmente – as mais distintas formas de vida possam desenvolver argumentos, expressar-se, exercer autonomia política. Quantas possibilidades há nesse ambiente? Quantos argumentos? Quantas ideias podem ser coletadas em um espaço assim construído? Quantas expectativas uns têm em relação aos outros?

No seio da interação social, as possibilidades não são apenas as *minhas*, as projetadas desde a *minha* perspectiva, mas também as do outro, que – assim – passam a ser também *minhas*²²². Trata-se da *dupla contingência*²²³, que é a elevação da contingência na medida em que se absorve o campo de percepção do outro. A questão da dupla contingência origina-se na mais singela situação comunicacional, quando “A” reconhece que “B” também possui muitas possibilidades de ação (e estas possibilidades passam a ser também de “A”) e que, além disso, “B” detém liberdade para variar seu comportamento²²⁴. O mundo é complexo e contingente para “A” e para “B”. Ambos têm inúmeras possibilidades e expectativas sobre as próprias ações, sobre as ações do outro e, ainda, sobre as expectativas das expectativas que cada um possui em relação ao outro²²⁵. Assim, as expectativas compartilhadas tornam-se o componente de toda a estrutura social²²⁶.

²¹⁸ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**, 1983, p. 45.

²¹⁹ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. 1983, p. 45.

²²⁰ LUHMANN, Niklas. **Complejidad y modernidad: de la unidad a la diferencia**. Trad. Josexto Beriain y José María García Blanco. Madrid: Trotta, 1998, p. 27.

²²¹ GARCIA AMADO, Juan Antonio. **La Filosofía del Derecho de Habermas y Luhmann**. 1997, p. 105.

²²² LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. 1983, p. 46

²²³ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. 1983, p. 47.

²²⁴ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. 1983, p. 47.

²²⁵ Luhmann explica esse fenômeno de modo mais claro: “Para o controle de uma complexão de interações sociais não é apenas necessário que cada um experimente, mas também que cada um possa ter expectativas sobre a expectativa que o outro tem dele. Sob as condições da dupla contingência, portanto,

Tentemos ilustrar a relação entre complexidade e contingência com um exemplo da vida política²²⁷. O problema da discriminação racial pode ser enfrentado de infindas maneiras, com a adoção de conjuntos diversos (e às vezes incompatíveis entre si) de medidas políticas. É possível adotar uma política de ação afirmativa nas universidades; financiar cursos técnicos e superiores para negros; auxiliar a sua preparação para o ingresso no ensino superior; e, dentro dessa ótica, limitar essas ações aos negros de baixa renda ou desconsiderar o critério econômico. Pode-se, ainda, tipificar o racismo como crime e, nesse bojo, fixar penas severas ou penas brandas. Pode-se combater o preconceito por meio da pena ou optar tão somente por uma empreitada educacional e pedagógica. Poderíamos seguir ilimitadamente nesse exercício. O fato é que as possibilidades são inúmeras e o dado de não sabermos precisar exatamente quantas são e quais as suas implicações (quais possibilidades surgem a partir da adoção de uma delas) é que compõe a complexidade.

Se uma comunidade política decide que deve combater a discriminação, deverá eleger uma ou algumas dessas possibilidades, em consideração às expectativas que os participantes têm sobre o alcance e significado do termo *discriminação*. Efetua-se, portanto, uma *seleção*. É isso que Luhmann quer dizer quando sublinha que “a complexidade impõe a seleção”²²⁸. Nesse sentido, as possibilidades passam por uma seleção que as qualifica, permitindo que se passe a operar com um campo limitado de experiências e ações, o que viabiliza a evolução social e reduz a complexidade²²⁹. O mais interessante é que as possibilidades selecionadas, mesmo já selecionadas, sempre

todo experimentar e todo agir social possui uma dupla relevância: uma no nível das expectativas imediatas de comportamento, na satisfação ou no desapontamento daquilo que se espera do outro; a outra em termos de avaliação do significado do comportamento próprio em relação à expectativa do outro”. LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. 1983, p. pp. 47-78.

²²⁶ GARCIA AMADO, Juan Antonio. **La Filosofía del Derecho de Habermas y Luhmann**. 1997, p. 108.

²²⁷ O exemplo é apropriado porque evidencia o processo de seletividade que ocorre por meio da política. Recorramos a um trecho da argumentação de Luhmann para sustentar nosso exemplo. “Não é mais possível ter expectativas confiáveis sobre o consenso de um terceiro qualquer com respeito a determinadas expectativas, e menos ainda prevê-lo para expectativas novas. Não se sabe, por exemplo, quais tendências da reforma universitária seriam preferidas pelos camponeses, qual a melhor organização judiciária para as donas de casa, quais as condições de comércio atacadista são preferidas por professores secundários”. LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. 1983, p. pp. 85-86. As possibilidades são inúmeras e precisam ser selecionadas, tendo em vista a impossibilidade de alcançar consensos sobre cada controvérsia remetida à vida pública. .

²²⁸ LUHMANN, Niklas. **Complejidad y modernidad**, 1998, p. 26.

²²⁹ LUHMANN, Niklas. **Complejidad y modernidad**, 1998, p. 29. Para uma explicação nesse sentido, ver SCHWARTZ, Germano. A fase pré-autopoiética do sistemismo luhmanniano. In: ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. **Introdução à teoria do sistema autopoiético**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 69.

poderiam ser diferentes. Em algum momento, a depender das configurações de tempo e de espaço, uma possibilidade antes não selecionada pode passar a integrar um campo operacional que a qualifica. É disso que se cuida quando se fala em contingência. São muitas as possibilidades. Por isso, impõe-se a seleção. Mas o que é selecionado poderia não ter sido e, eventualmente, outro elemento o será, tendo em vista a mera contingência²³⁰. Não há qualquer estabilização *a priori*.

Portanto, sociedades altamente complexas contêm elevada riqueza de possibilidades e, por conseguinte, um intrincado e infindável número de expectativas cognitivas. Estas conduzem a intenso grau de desapontamento²³¹, que – em sociedades de profundo desacordo moral e político – poderia ocasionar tensões recorrentes e dificultar, sobremaneira, a integração social. Em decorrência, surgem as expectativas normativas como estratégia funcional para – em um contexto seletivo – estabilizar expectativas de comportamento e, dessa maneira, atuar de modo contrafático²³². Nas palavras de Luhmann, “as expectativas normativas possibilitam, pelo menos em sociedades mais complexas e mais ricas em alternativas, uma mais acentuada redução da complexidade e da contingência”²³³. Isso porque elas terminam por restringir um campo para a orientação comportamental, atraindo as expectativas para um espaço conforme a norma. E a complexidade é reduzida na medida em que “A” passa a poder escolher, de imediato²³⁴, uma ação em conformidade ou não com a norma; e “B”, por sua vez, diante de uma possibilidade estabilizada, pode antecipar a expectativa em relação às ações de “A”.

Nesse sentido, a complexidade, em Luhmann, além de reclamar sua própria redução, isto é, de impor seleção, é – justamente por isso – estruturada²³⁵. A exclusão de possibilidades permite que a ação e a experiência situem-se dentro de um determinado limite, que, em seu interior, compõe-se de mais complexidade, de heterogeneidade. A estrutura impede que se viva em um cenário em que tudo é possível, em um mundo,

²³⁰ “Em termos práticos, complexidade significa seleção forçada, e contingência significa perigo de desapontamento e necessidade de assumir-se riscos”. LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. 1983, p. 46.

²³¹ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. 1983, p. pp. 55-56.

²³² LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. 1983, p. p. 57.

²³³ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. 1983, p. p. 141. Importa dizer que, em Luhmann, o que se reduz não é a complexidade do indivíduo. Trata-se de reduzir a complexidade das comunicações. Os sistemas sociais não são compostos por seres humanos, mas por comunicações. LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Op.cit., 2005, p. 35.

²³⁴ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. 1983, p. p. 141.

²³⁵ LUHMANN, Niklas. **Complejidad y modernidad**, 1998, p. 29.

segundo Luhmann, “de névoa original, do arbítrio, da igualdade de todas as possibilidades”²³⁶. Essa complexidade é organizada quando se passa a pensar a sociedade de modo sistêmico, transformando-se a desorganização do ambiente em organização sistêmica²³⁷; ou seja, no marco de um ambiente de infindas possibilidades, os sistemas – diferenciados funcionalmente – têm a função de estruturar a complexidade.

2.1.2. A diferenciação funcional e a autopoiese no Direito

A diferenciação funcional, ao lado da complexidade, é uma característica determinante das sociedades modernas. Uma sociedade complexa é uma sociedade que se divide em subsistemas sociais, distintos em suas funções, autônomos operacionalmente e que se reproduzem continuamente sem perder contato com o ambiente. Aliás, a relação sistema/ambiente é determinante nesse marco teórico. O fato é que, conforme já observamos, as sociedades modernas possuem um número incomensurável de possibilidades, também contingentes, formando uma complexidade que requer limites e reduções²³⁸.

Os sistemas que integram a sociedade têm sensibilidade temática, isto é, destinam-se a organizar a comunicação de temas particulares, o que – como decorrência – significa certa indiferença em relação a outros aspectos²³⁹. Não seria viável que as mais distintas áreas temáticas se interconectassem de modo caótico, ou que – de maneira desestruturada – circulasse a comunicação entre elas. É preciso que haja um *sentido* que determine se um elemento “x” integra ou não integra um sistema S_1 , se pertence ou não pertence a esse sistema parcial²⁴⁰. A partir daí, os elementos do sistema são organizados em referência a um determinado sentido. Dentro de cada sistema há comunicações e elas, para que seja reduzida a complexidade, estão delimitadas por meio desses sentidos.

²³⁶ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. 1983, p. 13.

²³⁷ NEVES, Marcelo. Aumento da complexidade nas condições de insuficiente diferenciação funcional. In: SCHWARTZ, Germano (org.) **Juridicização das esferas sociais e fragmentação do direito na sociedade contemporânea**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 200.

²³⁸ “A diferenciação funcional aumenta a superprodução de possibilidades e com isso as chances e a pressão no sentido da seleção. Ela é a forma na qual a alta complexidade social torna-se organizável”. LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. 1983, p. 177.

²³⁹ GARCIA AMADO, Juan Antonio. **La Filosofía del Derecho de Habermas y Luhmann**. 1997, p. 119.

²⁴⁰ GARCIA AMADO, Juan Antonio. **La Filosofía del Derecho de Habermas y Luhmann**. 1997, pp. 119-120.

Sistemas desempenham papéis diferenciados entre si. A política é um sistema destinado a produzir decisões coletivamente vinculantes. A economia funciona no horizonte de assegurar a satisfação de necessidades futuras. A religião cumpre um papel de “interpretar o incompreensível”²⁴¹. Note-se que essa diferenciação em termos funcionais guarda relação com a impossibilidade do alcance de consensos fáticos²⁴². Os sistemas parciais são especializados porque é materialmente impossível obter uma resposta dos indivíduos para cada questão suscitada²⁴³. Os sistemas não são, contudo, isolados. Ainda que eles sejam autônomos, e operem por meio de um código próprio, eles mantêm o contato com o ambiente.

Em uma sociedade dividida em sistemas parciais, cada sistema é ambiente para os demais. Para ilustrar isso, basta que se desenhe um círculo. No interior do círculo, há outros pequenos círculos, que representam distintos sistemas ($S_1, S_2, S_3\dots$). Tudo o que está fora de S_1 , mas dentro do círculo maior, é ambiente para S_1 , inclusive os demais sistemas parciais inscritos no círculo. O não isolamento decorre da interferência que o ambiente causa em cada sistema; ou seja, S_1 , por exemplo, é um sistema influenciado e limitado pelo ambiente. Os sistemas contêm um grau de abertura, de contato, que obriga o processamento de informações oriundas do ambiente²⁴⁴, operando-se a seletividade e a adaptabilidade do próprio sistema ao ambiente. O sentido que define se um elemento pertence a S_1 permanece determinando o que está *fora* e o que está *dentro*, mas esse próprio sentido é mutável, contingente²⁴⁵, alterando os próprios critérios no escopo seletivo.

O Direito também é um sistema funcionalmente diferenciado²⁴⁶. A função do Direito, em Luhmann, é essencialmente a *estabilização de expectativas normativas*²⁴⁷ e

²⁴¹ Esses e outros exemplos de subsistemas podem ser observados em LUHMANN, Niklas. **Complejidad y modernidad**, 1998, p. 79.

²⁴² GARCIA AMADO, Juan Antonio. **La Filosofía del Derecho de Habermas y Luhmann**. 1997, pp. 162-163. É também nesse sentido que Luhmann critica não apenas a possibilidade de um consenso fático generalizado (que, conforme já demonstramos, mostra-se inviável no âmago da própria teoria de Habermas), mas a orientação – em relação a qual Habermas insiste – ao consenso. LUHMANN, Niklas. **Complejidad y modernidad**, 1998 p. 57.

²⁴³ GARCIA AMADO, Juan Antonio. **La Filosofía del Derecho de Habermas y Luhmann**. 1997, pp. 162-163.

²⁴⁴ LUHMANN, Niklas. **Complejidad y modernidad**, 1998, p. 80.

²⁴⁵ GARCIA AMADO, Juan Antonio. **La Filosofía del Derecho de Habermas y Luhmann**. 1997, p. 124.

²⁴⁶ O Direito é um subsistema da sociedade. Ver LUHMANN, Niklas. El derecho como sistema social. In: DIEZ, Carlos Cómez-Jara (Ed.). **Teoría de Sistemas y Derecho Penal: fundamentos y posibilidades de aplicación**. Granada: Comares, 2005, p. 72.

uma das subfunções corresponde à generalização congruente²⁴⁸. Note-se: assegurar (juridicamente) expectativas normativas não significa determinar a conduta. Expectativa e comportamento são, sim, coisas distintas. A função do Direito não é a de garantir que se atue conforme a norma, mas de possibilitar a *segurança da expectativa* de que se atue conforme a norma²⁴⁹. Assegura-se (por meio de imposições contrafáticas) a expectativa, não o comportamento (que é fático). Em outras palavras: há expectativas – selecionadas pelo sistema – que são protegidas juridicamente por meio da estrutura contrafática das normas. Essa é a função precípua do Direito.

No passo seguinte, abordaremos esse aspecto de maneira mais detida, na medida em que fixarmos o olhar sobre fenômenos que envolvem a positividade e a normatividade. Por ora, é importante mencionar que o Direito é um sistema autônomo e autopoietico²⁵⁰. Adverte Luhmann: “o Direito não é política, nem economia, nem religião, nem educação. Não produz obras de arte, nem cura doenças, nem distribui notícias. No entanto, não poderia existir se todas essas coisas não existissem”²⁵¹.

O caráter autopoietico do Direito evidencia a sua autonomia operacional, uma vez que a sua reprodução dá-se mediante o recurso às operações anteriores, sempre no interior do próprio sistema. Jean Clam afirma que “um sistema pratica autopoiese desde

²⁴⁷ LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**, 2005, pp. 189-191. Neste livro, muito mais recente que a obra *Sociologia do Direito* (publicada originalmente em alemão no ano de 1972), Luhmann utiliza apenas uma função para o Direito: a estabilização de expectativas normativas. A generalização congruente é uma subfunção desta.

²⁴⁸ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. 1983, p. 124.

²⁴⁹ Em *Sociologia do Direito*, Luhmann usa muito mais o termo estabilização de expectativas de comportamento. Em *O Direito da Sociedade*, percebe-se que ele evita o uso da palavra *comportamento* e faz advertências no sentido de diferenciar expectativa e comportamento. Mas isso não significa que a expectativa normativa estabilizada não seja uma expectativa relativa ao comportamento. Luhmann deixa isso muito claro quando, ao final da obra, sintetiza a função do direito como estabilização normativa de “expectativas de conduta” (LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**, 2005, p. 639). A questão do comportamento é meramente fática e pode não corresponder à expectativa estabilizada, mas o Direito tem a função de assegurá-la. Daí o caráter contrafático da norma jurídica. A influência do Direito sobre o comportamento está mais relacionada ao problema das razões que o Direito oferece para a ação do indivíduo. Um estudo sobre esse tema pode ser encontrado em BAYÓN, Juan Carlos. **La normatividad del derecho: deber jurídico y razones para la acción**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1991.

²⁵⁰ Os estudiosos de Luhmann identificam uma espécie de “virada autopoietica”, quando há uma “tomada de consciência da *auto-referencialidade de toda observação* pelo sistema – tanto de seu ambiente como de si próprio –, do mesmo modo que daquela observação de observações por um terceiro observador (...). As categorias jurídicas que permitem identificar uma operação como jurídica são o produto de operações jurídicas”. CLAM, Jean. A autopoiese no Direito. In: ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. **Introdução à teoria do sistema autopoietico**. 2005, pp. 113-114. Para uma boa compreensão do conceito de autopoiese em Luhmann, especialmente no que concerne à relação entre os sistemas sociais e a comunicação reflexiva, ver LUHMANN, Niklas. **Essays on self-reference**. New York: Columbia University Press, 1990, p. 07.

²⁵¹ LUHMANN, Niklas. **El derecho como sistema social**, 2005, p. 72 (tradução nossa).

o momento em que ele é capaz de encadear as operações perfeitamente genuínas e indiferenciáveis de suas próprias operações”²⁵². As comunicações jurídicas são singulares, permitindo que o Direito desenvolva o seu próprio código de maneira autônoma, reproduzindo-se por meio da aplicação desse código²⁵³. Leonel Severo Rocha acrescenta que há, nesse processo, “uma interação auto-referente, recursiva e circular de seus elementos internos”²⁵⁴, a permitir a constituição de fatores necessários à reprodução do sistema jurídico.

Isso significa que a concepção sistêmica de Luhmann conserva a autonomia do Direito²⁵⁵. Porém, é indispensável sublinhar que autonomia operacional não significa – de maneira alguma – isolamento em relação ao ambiente. Se a arte, a cultura, a ciência e a política são subsistemas que compõem um sistema social global, eles representam – ao mesmo tempo – o ambiente que circunda o sistema jurídico. Portanto, o sistema jurídico é decididamente influenciado pelos demais subsistemas dispersos na sociedade. E o Direito tem de garantir a sua autonomia (reproduzir-se a partir de seus próprios códigos comunicacionais) ao mesmo tempo em que se adéqua à complexidade do ambiente, pois é a partir dela – e só a partir dela – que se mostra possível a seleção de expectativas comportamentais. Em outras palavras, o Direito tem uma função estrutural²⁵⁶ destinada a reduzir a complexidade do ambiente²⁵⁷, transformando – de maneira congruente – as infinitas possibilidades cognitivas em expectativas normativas generalizáveis.

Nesse sentido, afirma Luhmann que o Direito é um sistema cognitivamente aberto e normativamente fechado²⁵⁸. Isso significa que a qualidade normativa do Direito

²⁵² CLAM, Jean. **A autopoiese no Direito**, 2005, p. 103.

²⁵³ Nas palavras de Giovanni Saavedra, no ponto em que descreve a autopoiese do Direito: “quem dá as condições para que um fato se torne jurídico é o código do sistema jurídico”. SAAVEDRA, Giovanni Agostini. **Jurisdição e Democracia: uma análise a partir das teorias de Jürgen Habermas, Robert Alexy, Ronald Dworkin e Niklas Luhmann**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 41.

²⁵⁴ ROCHA, Leonel Severo. **Da epistemologia jurídica normativista ao construtivismo sistêmico**, 2005, pp. 43-44.

²⁵⁵ NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil**, 2012, p. 79.

²⁵⁶ Assim argumenta Luhmann: “Mas o Direito é imprescindível enquanto estrutura porque sem a generalização congruente de expectativas comportamentais normativas os homens não podem orientar-se entre si, não podem esperar suas expectativas”. LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. 1983, p. 170.

²⁵⁷ Note-se: o Direito não reduz toda a complexidade. Ele reduz a complexidade a partir da perspectiva do sistema jurídico. Conforme já mencionado na explicação sobre a diferenciação funcional, os outros sistemas parciais também reduzem complexidade. Existem projeções normativas formuladas pelos outros sistemas (que são ambientes para o Direito). Nem todas essas projeções são ativadas. Há uma seleção de expectativas normativas de comportamento. O Direito as estabiliza a partir das operações de seu interior.

²⁵⁸ LUHMANN, Niklas. **Essays on self-reference**, 1990, p. 229.

garante a sua reprodução autopoietica; isto é, o sistema jurídico se fecha operacionalmente em razão da normatividade²⁵⁹, da emissão de uma decisão fundada normativamente, na linguagem do próprio sistema. Isso significa também que o Direito, cognitivamente, relaciona-se com o ambiente, aprende com as mudanças que ocorrem em outros sistemas parciais. Essa abertura cognitiva contribui para a adaptabilidade do Direito²⁶⁰, para a sua evolução, para que ele não se torne uma reprodução irrefletida de si mesmo. É essencial que entendamos essa operação de abertura/fechamento do sistema jurídico para uma compreensão adequada do significado da redução da complexidade na contemporaneidade.

Já demonstramos que o sistema jurídico, assim como todo sistema social, atua – no campo da diferenciação funcional – no sentido de redução da complexidade. O ponto é que o Direito, em uma perspectiva estrutural, age seletivamente, transformando o cognitivo em normativo. Mas ele não perde – e isto é essencial – o contato com a esfera cognitiva. É possível assentar, então, que o fechamento normativo estabiliza as expectativas de comportamento selecionadas no ambiente; e, vale a redundância, que essas expectativas são captadas *no* ambiente. Ressaltar esse aspecto é fundamental porque, na primeira parte desta dissertação, esforçamo-nos para demonstrar que a sociedade contemporânea é repleta de desacordos morais e políticos, intensificados pelo diálogo entre as culturas, pelo risco, pela dissolução das fronteiras. Essas características inundam o ambiente de expectativas cognitivas. E com elas interage o sistema jurídico.

O que Luhmann percebeu e, com o recurso à ideia de autopoiese, conseguiu detalhadamente demonstrar, é que essa abertura cognitiva depende de um fechamento normativo. Não fosse assim, não houvesse um fechamento operacional que reproduzisse o que restou selecionado no ambiente, inexistiria diferença entre o Direito e os demais sistemas sociais, o que impediria – pois – a redução da complexidade²⁶¹. O fechamento normativo reduz a complexidade permitindo que os participantes da comunidade

²⁵⁹ NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã**: uma relação difícil, 2012, p. 81.

²⁶⁰ LUHMANN, Niklas. **Essays on self-reference**, 1990, p. 233. Luhmann explica com muita clareza esse aspecto: “O sistema jurídico não determina o conteúdo de decisões jurídicas – nem por meio da lógica, nem por meio de qualquer procedimento hermenêutico astuto. Ele opera como um sistema aberto e fechado ao mesmo tempo, normativamente referente à manutenção de sua auto-reprodução e cognitivamente relacionado a exigências adaptativas de seu ambiente” (tradução nossa).

²⁶¹ “Sem o fechamento, os sistemas não poderiam distinguir suas próprias operações das operações de seu entorno” (tradução nossa). LUHMANN, Niklas. **El derecho como sistema social**, 2005, p. 72

orientem o seu comportamento a partir do código lícito/ilícito²⁶², que é próprio do sistema jurídico. Podemos dizer, portanto, que o Direito possui sensibilidade ao meio²⁶³, mas suas operações não consistem em reproduzir desordenadamente a complexidade e contingência do ambiente. Daí a importância de sua autonomia.

2.2. O Direito como generalização congruente de expectativas normativas

Na concepção de Luhmann, o Direito é a “estrutura de um sistema social que se baseia na generalização congruente de expectativas comportamentais normativas”²⁶⁴. A generalização congruente é, portanto, um dos atributos funcionais do Direito. O cenário de complexidade e contingência exige que a sobrecarga de possibilidades comportamentais seja reduzida. O Direito, além de selecionar as expectativas cognitivas, dotando-as de qualidade normativa, o faz de maneira congruente, no âmbito de uma unidade sistemática. Recordemos: quanto maior a complexidade de uma sociedade maior é a necessidade de diferenciação funcional em sistemas parciais²⁶⁵.

Neste passo, cabe acrescentar mais um elemento: o crescimento da complexidade não enseja apenas a necessidade de suficiente diferenciação funcional, mas também uma maior generalização congruente²⁶⁶. Essa generalização, no entanto, não pode ser concebida de maneira estática, imutável. Na medida em que o Direito está em contato com o ambiente, abrindo-se cognitivamente à possibilidade de mudança, a generalização de expectativas normativas também pode ser modificada. Perceba-se: a generalização é alterável, mas permanece sendo generalização. A positividade do Direito nos ajuda a entender o fenômeno.

2.2.1. O projeto modificável do direito positivo

Salientamos com certa contundência que o Direito, na perspectiva sistêmica luhmanniana, não constitui um projeto destinado a conservar determinados valores e a fomentar outros. A autopoiese do sistema jurídico corresponde ao aspecto autorreferente

²⁶² Também se pode explicar o código a partir da ideia de “conforme ao direito/não conforme ao direito”. Sobre o conceito de “código” em Luhmann, ver LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**, 2005, p. 235.

²⁶³ GARCIA AMADO, Juan Antonio. **La Filosofía del Derecho de Habermas y Luhmann**. 1997, p. 138.

²⁶⁴ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. 1983, p. 121.

²⁶⁵ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. 1983, p. 225.

²⁶⁶ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. 1983, p. 119.

do Direito, isto é, ao fato de que as decisões jurídicas são produzidas *a partir do sistema, com a linguagem própria do sistema e por meio de* critérios definidos pelo sistema. Se isto é assim, e se isto é necessário para que o Direito permaneça autônomo, não se concebe, no horizonte de Luhmann, uma fundamentação extrajurídica para as soluções normativas produzidas no funcionamento intrassistêmico²⁶⁷.

Isso nos conduz a pensar Direito e moral como sistemas normativos distintos. Deixa de ser relevante, nos contornos de uma sociedade complexa e com intensa diferenciação de papéis, o que é ou não é “verdadeiro” (em um sentido natural e imutável) como critério para fundamentar a ordem jurídica²⁶⁸. Luhmann enxerga a separação entre Direito e moral como uma conquista evolutiva essencial e, inclusive, como “condição da liberdade”²⁶⁹. Com isso ele nega a possibilidade de que o conceito de Direito seja definido de maneira ontológica. A definição, segundo Luhmann, deve ser funcional e isso, em sua perspectiva, “implode o direito natural”²⁷⁰. A “justiça” passa a ser observada de modo procedimental: ela não depende da realização deste ou daquele valor pré-existente, mas da adequada complexidade do sistema e da consistência das decisões produzidas²⁷¹.

É por essa razão e dentro desse marco de pensamento que Luhmann percebe o direito positivo como direito modificável²⁷². Assim como a separação entre Direito e moral, a positividade do Direito é também uma conquista evolutiva. Se recorrermos às ideias desenvolvidas páginas atrás, constataremos que o sistema jurídico, em momento de abertura cognitiva, seleciona expectativas no ambiente; e, em momento de fechamento, estabiliza normativamente essas expectativas. Mas o ponto-chave é a ideia de *contingência*. Ela nos conduz a enxergar a expectativa selecionada como apenas *uma*

²⁶⁷ GARCIA AMADO, Juan Antonio. **La Filosofía del Derecho de Habermas y Luhmann**. 1997, p. 175.

²⁶⁸ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito II**. Tradução: Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p. 13.

²⁶⁹ A ideia pode ser mais bem explicada pelo autor. “É necessário abdicar-se da fusão entre legalidade e pretensões humanas, que se apresentava de forma especialmente manifesta no pensamento jurídico de cunho ético na filosofia grega. O critério do direito já não pode mais assumir a forma de instrumento ético da justiça como algo desejável (apenas!) individualmente”. LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito II**. 1983, p. 24.

²⁷⁰ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito II**. 1983, p. 27.

²⁷¹ LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**, 2005, pp. 287-289. Mais ainda: Luhmann salienta que a justiça representa a resolução de casos iguais de maneira igual (e desiguais de maneira desigual). Isso explicita a ideia de consistência.

²⁷² LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito II**. 1983, p. 09. Há limites para a modificação do direito positivo. Ele não é modificado de uma só vez. Ver LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Trad. Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1980, p. 124.

das possibilidades de seleção. A seleção é necessária para a redução da complexidade; a estabilização da expectativa, da mesma maneira; e a autopoiese garante a reprodução dessas expectativas e a própria autonomia do Direito. A abertura cognitiva, contudo, torna sempre presente a possibilidade de mudança.

Luhmann entende de maneira interessante essa situação. Quando uma expectativa cognitiva se converte em norma jurídica, ela o é simplesmente em razão da *vigência*²⁷³. Não há nenhum critério externo que lhe confira o atributo jurídico. Ela vige no sistema porque foi selecionada. É nesse terreno que Luhmann afirma algo que nos parece de particular lucidez e que bem resume a importância da positividade para a sua teoria: “o direito positivo pode ser caracterizado através da consciência da sua contingência”²⁷⁴. A positividade, portanto, permite que o Direito seja alterado, modificado, que possa adaptar-se às pressões seletivas que se disseminam na esfera pública²⁷⁵.

Percebamos que a autopoiese do sistema jurídico não apenas enseja a reprodução de normas a partir de normas, mas – em consideração à autorreferência – condiciona a mudança do Direito também à observância de outras normas. Em outras palavras: não existem apenas normas para permitir, obrigar ou proibir; há também normas que determinam a maneira pela qual podem ser modificadas as normas que integram o sistema²⁷⁶ (regras de competência, quórum, procedimento, etc.). Portanto, o direito positivo não apenas torna possível a compreensão da contingência das expectativas normatizadas. Ele, ademais, evidencia a “disponibilidade que o sistema possui sobre os seus próprios elementos”²⁷⁷. E os direitos fundamentais limitam essa disponibilidade. Como a pluralidade está atrelada à diferenciação funcional, os direitos fundamentais

²⁷³ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito II**. 1983, p. 09.

²⁷⁴ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito II**. 1983, p. 10. Prossegue o autor, em relação ao direito positivo: “ele exclui outras possibilidades, mas não as elimina do horizonte de experimentação jurídica para o caso de que pareça oportuna uma modificação correspondente do direito vigente; o direito positivo é irrestritamente determinado, mas não irrestritamente determinável”.

²⁷⁵ A evolução do Direito depende da manutenção da adequação e da diferença do sistema jurídico em relação ao ambiente. Ver LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**, 2005, p. 303.

²⁷⁶ Trata-se do que Hart denomina “regras secundárias” (ou de segundo grau), destinadas – sobretudo – a conferir poderes. Elas, na verdade, constituem o âmago do conceito de Direito que ele desenvolve: a união de normas primárias e secundárias. Ver HART, H.L.A. **The Concept of Law**. 2 ed. Oxford: Clarendon Press, 1994, p. 81.

²⁷⁷ GARCIA AMADO, Juan Antonio. **La Filosofía del Derecho de Habermas y Luhmann**. 1997, p. 182.

têm a primordial função de garantir a diferenciação²⁷⁸ e, assim, o caráter plural da comunidade. Nesses termos, a positividade do Direito passa a representar um instrumento de mudança²⁷⁹.

Resta claro, portanto, que direito positivo está relacionado ao desenvolvimento social²⁸⁰. Os argumentos morais, políticos, científicos, artísticos, econômicos, entre inúmeros outros, que integram subsistemas que constituem ambientes para o sistema jurídico, exercem forte pressão seletiva sobre o Direito. E essa pressão é seletiva justamente em razão do processo de positivação, que torna disponíveis as normas jurídicas. Não haveria pressão social por mudanças estruturais (e, conforme já salientamos, o Direito também é concebido como estrutura) se não houvesse um direito positivo, cuja origem encontra alicerce na própria sociedade. A possibilidade de que novas expectativas cognitivas sejam selecionadas pelo sistema jurídico é que dota de sentido as pressões sociais²⁸¹.

Luhmann explica esse aspecto recorrendo a três mecanismos que possibilitam a evolução do Direito: variação, seleção e estabilização²⁸². A variação relaciona-se àquilo que exaustivamente já sublinhamos, ou seja, ao número de possibilidades. Sociedades arcaicas, ao contrário da modernidade complexa, são pobres em possibilidades e, na medida em que a variação é baixa, podem fundar decisões tão somente em princípios morais bastante genéricos, em ritualizações pouco formalizadas e no imediatismo dos

²⁷⁸ Trata-se do “perigo da indiferenciação”. NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil**, 2012, p. 102. Não pretendemos aprofundar em demasia a questão da indisponibilidade de determinadas normas no interior de sistemas jurídicos. Mas cabe algum registro. Certamente a Constituição pode – ela mesma – definir um projeto de sociedade fundado na indisponibilidade de determinadas normas. Tais normas não poderiam ser suprimidas pelo legislador ordinário, em um processo intrassistêmico, autopoietico e auto-referente. Os direitos fundamentais são um corrente exemplo disso. A sua supressão não está inserida nos critérios de modificabilidade estabelecidos pelo sistema; isto é, ela não é – no horizonte do sistema – possível. Alterações dessa natureza teriam de mitigar a autonomia do Direito estabelecido e estabilizado, mas do Direito não como um conjunto de normas, e sim como ordem jurídica estruturante dos subsistemas sociais. Portanto, o que se quer deixar claro é que, na perspectiva sistêmica, existe uma disponibilidade inclusive para fixar a indisponibilidade de determinadas categorias de normas. Isso, em razão de uma aquisição evolutiva, normalmente é estabelecido na Constituição, já que ela – na concepção luhmanniana – permite um “acoplamento estrutural” entre Direito e política, permitindo interações recíprocas e que se autolimitam. Os direitos fundamentais, por exemplo, ao gozar de normatividade, limitam juridicamente a ação política (Ibidem, p. 97).

²⁷⁹ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito II**. 1983, p. 128.

²⁸⁰ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. 1983, p. 238.

²⁸¹ Os movimentos sociais também querem que suas expectativas sejam estabilizadas e adquiram redundância. Ver CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Interpretação do Direito e Movimentos Sociais**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 136.

²⁸² LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito II**. 1983, p. 118.

casos²⁸³. A variação corresponde aos elementos que integram o sistema²⁸⁴. Um elemento é variável em razão da contingência e da complexidade. Esta, por sua vez, é reduzida em um processo seletivo operado pelo sistema jurídico, que, por fim, estabiliza as possibilidades selecionadas, mantendo, contudo, a abertura ao ambiente.

O fato é que as possibilidades estão dispersas em diversos sistemas sociais. E o direito positivo, conforme assinalamos, permite que as expectativas variáveis, em dado momento, modifiquem o Direito. Ressalte-se, porém, que a importância da variabilidade relaciona-se à importância dos mecanismos de estabilização. É por isso que a mudança social, em Luhmann, tem de ser juridicamente controlável²⁸⁵. Quando uma expectativa cognitiva *quer ser* estabilizada normativamente, ela carrega, evidentemente, o “peso da complexidade”, tendo que propor uma nova forma de redução²⁸⁶. A mudança pelo direito positivo implica a possibilidade de que novas expectativas possam orientar o comportamento de todos os participantes, como se existisse uma pretensão de *imodificabilidade*²⁸⁷. É isso que permite a evolução de um sistema jurídico e, por conseguinte, a perspectiva de mudança social.

2.2.2. Normatividade, abstração e a segurança das expectativas

Será, no entanto, que essas expectativas normativas podem ser formuladas em termos particularizados? Indaguemos de outro modo: uma sociedade complexa poderia orientar-se por normas destinadas a regular cada singular relação entre participantes ou a buscar a justiça interna dessas relações? É preciso recordar que a complexidade da sociedade moderna indica que o número de possibilidades para a experiência e para a ação é bastante elevado. “A” possui expectativas sobre suas ações, possui expectativas sobre as ações de “B” e, além disso, ainda há expectativas em relação ao que “B” espera de “A”. Se transpusermos esse singelo esquema para o contexto de uma sociedade diversificada e multicultural, a complexidade torna-se ainda mais evidente; e a pergunta feita acima fica ainda mais interessante.

²⁸³ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. 1983, pp. 187-196.

²⁸⁴ LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**, 2005, p. 304.

²⁸⁵ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito II**. 1983, p. 125. Essa compreensão guarda estreita vinculação com a ideia de que a abertura cognitiva depende do fechamento operacional.

²⁸⁶ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. 1983, p. 82.

²⁸⁷ Por isso, Luhmann passa a se interessar essencialmente pelo que possibilita a permanência do direito positivo; ou seja, do direito que *está* imodificável. LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito II**. 1983, p. 146.

Luhmann responde a essa inquietação recorrendo à noção de abstração. Uma norma abstrata é uma norma aplicável a uma classe de casos, sem consideração a peculiaridades dos chamados “casos concretos”. Uma norma não é, dentro dessa ótica, editada para ser aplicada com especialidade à situação fática “x”. Ela serve para regular não um caso específico e singular, mas se destina a orientar a aplicação de uma classe de casos, que contém, por sua vez, as propriedades descritas na norma. A variabilidade do direito positivo, portanto, não corresponde apenas à possibilidade de modificação da expectativa em si, conforme já observamos. Mesmo a expectativa normatizada, se formulada de modo abstrato, pode absorver também um número imprevisível de situações fáticas, sendo, por isso, “compatível com o grau mais elevado de complexidade e de variabilidade da sociedade”²⁸⁸.

Dessa maneira, questões referentes à “justiça” da decisão não podem ser enfrentadas nas circunstâncias singulares de cada caso, como se tivesse o juiz o dever de buscar a decisão mais “justa” em razão da substância ou da virtude. Em Luhmann, uma decisão é justa quando é emitida de maneira consistente, quando se respeitam as regras que orientam a resolução igual de casos iguais²⁸⁹. As normas são formuladas de maneira abstrata para que as considerações valorativas (morais, políticas), que podem envolver todas as possíveis consequências de determinada decisão, não precisem fazer parte da construção da solução normativa. Trata-se de aliviar²⁹⁰ o juiz do peso de avaliar, caso a caso, questões exclusivamente morais, ou que envolvam distribuição de renda, ou outros tantos pontos de vista que poderiam compor, no caso, o caráter “justo” da decisão.

Pensemos em um exemplo. Existem algumas modalidades de usucapião no direito brasileiro. Uma delas está prescrita no artigo 183 da Constituição e define que, observados outros requisitos, “aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados”, pelo período de cinco anos, adquirir-lhe-á o domínio. Notemos: a aquisição do domínio depende do cumprimento das exigências da norma constitucional. O imóvel que se pretende usucapir pode, por exemplo, possuir trezentos metros quadrados, mais que o permitido. Nessa hipótese, está claro que não há direito à usucapião. Todavia, é possível que os possuidores sejam pobres, que existam crianças

²⁸⁸ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito II**. 1983, p. 149.

²⁸⁹ LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**, 2005, p. 289.

²⁹⁰ Luhmann utiliza o exemplo do contrato para exemplificar esse alívio em relação à justiça interna. LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito II**. 1983, p. 148.

habitando o imóvel e, nesse cenário, eventual desocupação poderia causar-lhes grave sofrimento.

Essas circunstâncias de vulnerabilidade social deveriam determinar a solução do caso? Uma avaliação em termos de “justiça social” poderia afirmar que sim e, talvez, denunciaria a injustiça de uma decisão alheia ao problema social evidenciado no “caso concreto”. Já na concepção luhmanniana, amparada na ideia de normatividade e de abstração, justa é a decisão que observa uma máxima de consistência e que, inserida em um contexto de decisões anteriores²⁹¹, preserva a unidade do sistema jurídico e a sua reprodução autopoietica. Tivesse o juiz que avaliar todas as consequências do caso, apreciando controvérsias morais, políticas e econômicas alheias aos critérios determinados pelo próprio sistema jurídico, não apenas a própria norma seria dispensável, mas a atividade jurisdicional absorveria um poder insuportável e abandonaria qualquer previsibilidade. Por isso, de acordo com Luhmann, critérios sociais, políticos ou, ainda, orientados a fins, apenas devem integrar o juízo decisório quando estão registrados no programa, na programação condicional do direito positivo²⁹².

Isso não quer dizer que critérios teleológicos não possam orientar a aplicação de uma norma sobre a qual recaem dúvidas quanto ao sentido do texto²⁹³. O ponto é que isso apenas ocorre porque o intérprete está diante de um programa condicional (Se “A”, então “B”). É a presença dessa estrutura que constrange o aplicador a interpretar, no caso particular, o alcance e o sentido do antecedente “A”²⁹⁴. Isso é uma coisa. Outra, distinta, é abandonar o programa condicional e buscar uma justiça interna do caso, recorrendo – para tanto – não aos aspectos que o sistema jurídico selecionou como

²⁹¹ LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**, 2005, p. 298. “Toda decisão sobre questões jurídicas (...) tem que localizar-se a si mesma no contexto de outras decisões (tradução nossa)”. Uma interpretação mais apressada poderia identificar a noção de autopoiese no Direito, especialmente quando ligada à decisão judicial, a uma espécie de legalismo ou de formalismo. Trata-se, antes, de observar o requisito de consistência, no sentido de que uma decisão deve decorrer da reprodução dos próprios elementos do sistema, sejam eles reflexo da aplicação estrita da lei ou mesmo de decisões judiciais anteriores. A questão fulcral é: decisões que utilizem apenas critérios morais ou políticos, pertencentes a outros sistemas parciais, cujas expectativas permanecem exclusivamente no âmbito cognitivo, fundam-se em elementos que estão *fora* do sistema jurídico e, portanto, não observam a ideia de consistência e, por conseguinte, contaminam a reprodução autopoietica do Direito.

²⁹² LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**, 2005, p. 290.

²⁹³ Sobre as diferenças entre signo e sentido e entre texto e interpretação, ver LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**, 2005, pp. 316-318.

²⁹⁴ Luhmann explica esse aspecto claramente: “Sempre há, como fundamento do texto autorizado, uma estrutura do tipo ‘se isto, então isto’. E somente ao se apresentarem problemas na interpretação desse texto, o sistema jurídico (...) pode partir da consideração de qual é a finalidade a que deve servir o programa (tradução nossa)”. LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**, 2005, p. 262.

relevantes (que, mesmo se imprecisos, estão na estrutura condicional), mas a critérios exclusivamente extrajurídicos ou, se jurídicos, alheios à programação condicional.

O programa condicional, em Luhmann, corresponde à norma²⁹⁵. Um programa é sempre objeto de juízos sobre a sua validade. A programação preenche a codificação; ela dá conteúdo ao código *conforme ao Direito/não conforme ao Direito*²⁹⁶. Em outras palavras, é por meio da estrutura condicional (Se “A”, então “B”) que o direito positivo permite que sejam identificadas as circunstâncias que estão em conformidade com a ordem jurídica e, de outro lado, as que estão em desconformidade²⁹⁷. Os programas condicionais (normas) são constituídos de elementos que definem a relevância de fatos passados para o processo judicial, que, por sua vez, estrutura-se com linguagem própria, em tempo próprio, postergando (de modo limitado temporalmente) a incerteza sobre a juridicidade de fatos que já ocorreram²⁹⁸. Nesse sentido, são relevantes para o processo os fatos que as normas do sistema jurídico incluíram em sua estrutura condicional²⁹⁹.

É nesse contexto que cabe falar, novamente, em segurança das expectativas³⁰⁰. Os programas condicionais organizam as expectativas normativas, criando condições para que elas sirvam de fundamento para decisões jurídicas; isto é, o programa condicional possibilita a reprodução das expectativas selecionadas. Isso não apenas gera um alívio para os participantes de uma comunidade³⁰¹, que podem orientar a sua conduta por meio das expectativas normativas, antecipando expectativas sobre diversas ações, mas alivia também a própria atividade jurisdicional da carga de valorar todas as

²⁹⁵ LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**, 2005, p. 271. O conceito de norma, em Luhmann, é funcional. Norma é uma expectativa estabilizada, atuando – inclusive – contra os fatos (caráter contrafático). *Ibidem*, p. 191.

²⁹⁶ LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**, 2005, p. 263. O termo *código*, na teoria sistêmica, nada tem a ver com a ideia de código de leis, usualmente manejada na linguagem jurídica. Código, aqui, significa conformidade ou não conformidade ao Direito; isto é, um esquema que permite distinguir as operações internas (jurídicas) das operações de outros sistemas. O que está de acordo ou em desacordo com o Direito é definido pelo código do sistema jurídico; ou seja, é definido no interior do Direito. *Ibidem*, pp. 235-237.

²⁹⁷ LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**, 2005, p. 256.

²⁹⁸ LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**, 2005, p. 271.

²⁹⁹ LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**, 2005, p. 272.

³⁰⁰ A função do Direito, a partir da teoria de Luhmann, como segurança das expectativas recíprocas e, assim, como guia para comportamentos, pode ser observada nas conclusões de OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades de. A função do Direito na perspectiva de Luhmann: segurança das expectativas ou guia de comportamento. In: BARRETO, Vicente de Paulo et alli (org.) **Direito na sociedade policontextual**. Curitiba: Appris, 2013, p. 387.

³⁰¹ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. 1983, p. 115.

consequências de sua decisão³⁰². Dizer que o Direito tem a função de estabilizar expectativas ou de garantir a segurança dessas expectativas significa, antes, dizer que os assuntos jurídicos devem ser tratados de acordo com o código do Direito e não, frise-se, a partir do código do poder³⁰³. Significa, portanto, assegurar a autonomia do Direito.

Todos esses aspectos que envolvem a normatividade do Direito (abstração, estabilização, positividade, segurança), além daqueles que se referem não apenas ao sistema jurídico, mas à própria teoria dos sistemas (como é o caso da noção de autopoiese), permitem identificar o Direito como um sistema de “expectativas comportamentais generalizadas”³⁰⁴. Porém, não se trata apenas de generalizá-las, mas – conforme já referimos antes – de generalizá-las de modo congruente³⁰⁵, em um sistema autônomo, com código próprio e que, ao aprender com o ambiente, é capaz de adequar-se às mudanças sociais. Na medida em que a normatividade neutraliza a contingência³⁰⁶, característica central da sociedade moderna, ela se torna um instrumento fundamental para deixar estáveis (vigentes em uma ordem jurídica) as expectativas comportamentais selecionadas. Assim, em um contexto de complexidade reduzida, é possível tratar o Direito não apenas como um sistema que generaliza expectativas de modo congruente, mas como um sistema capaz de produzir decisões consistentes.

3. O QUE A PLURALIDADE EXIGE DO DIREITO?

Retomemos o cenário descrito na introdução. Voltemos para as manifestações populares que ocuparam as ruas das grandes cidades brasileiras, sobretudo em meados de 2013. Naquele momento, a insatisfação inicial e organizada tinha uma pauta: reivindicar melhorias no transporte público e repudiar o aumento na tarifa desse serviço. Aos poucos, seja pela construção de “redes de indignação”³⁰⁷, seja pela demasiada repressão policial, o movimento ganhou corpo. Porém, ao ganhar corpo, ao atrair milhares de pessoas, perdeu em unidade. Se isso é bom ou ruim, é assunto para estudos específicos sobre os movimentos sociais na contemporaneidade. O ponto é: quanto

³⁰² LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito II**. 1983, p. 31. Nas palavras de Luhmann: “isso desafoga o juiz da necessidade de examinar todas as consequências valorativamente relevantes da sua decisão, todas as probabilidades futuras (...)”.

³⁰³ LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**, 2005, p. 253.

³⁰⁴ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. 1983, p. 115.

³⁰⁵ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. 1983, p. 115.

³⁰⁶ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito II**. 1983, p. 122.

³⁰⁷ Ver, sobre o tema, CASTELLS, Manuel. **Redes de indignação e esperança**: movimentos sociais na era da internet. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

maior era o número de pessoas nas ruas, maior era a diversidade de pleitos, mais intenso era o desacordo e, por fim, mais difícil era identificar exatamente a linha política das manifestações.

Talvez sequer houvesse linha. E talvez o momento propiciasse e exigisse o desalinho. Os jornais noticiaram uma infinidade de pautas³⁰⁸, cujo centro referia-se a certa insatisfação geral com a prestação dos serviços públicos: além do transporte, também estavam na pauta os problemas nas áreas da saúde, educação e segurança. Ainda que exista desacordo em relação aos meios para o alcance da melhoria em serviços essenciais, essa pauta – a exemplo da que reclama o fim da corrupção – goza de significativa aceitação geral. No entanto, as reivindicações mais específicas, a envolver questões morais e políticas mais delicadas, também integraram os protestos. Como exemplo, basta citar pleitos relativos à livre orientação sexual, ao direito das minorias e, no âmago das discussões sobre legalização do aborto, a polêmica envolvendo a tramitação do estatuto do nascituro no Congresso Nacional.

Uma sociedade plural é uma sociedade de desacordos em termos morais e políticos. Uma sociedade plural é também uma sociedade cuja singularidade dos indivíduos é preservada e considerada no processo de atribuição e reconhecimento de direitos. Uma sociedade plural, com traços multiétnicos e multiculturais, é também uma sociedade com inúmeras formas de vida, com infindas possibilidades, com incontáveis e contraditórias expectativas cognitivas. Ao retomarmos, neste passo, o cenário das manifestações populares no Brasil, desejamos demonstrar como um momento de participação cidadã, de engajamento de significativa parcela da população nos assuntos públicos, evidencia tendências políticas diversas, preocupações das mais variadas, indignações distintas.

É nesse contexto que tem sentido formular a pergunta que dá nome a este capítulo: o que a pluralidade exige do Direito?

³⁰⁸ O jornal Folha de São Paulo, na edição eletrônica de 20.06.2013, indagou aos manifestantes as razões de estarem nas ruas. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2013/06/1298127-veja-as-reivindicacoes-levadas-as-ruas-durante-manifestacoes.shtml>. Acesso em 25.11.2013. A reportagem confirma o grau de consenso em torno da questão dos serviços. No mesmo sentido, o jornal Correio Brasiliense, na edição eletrônica de 19.06.2013, listou as principais reivindicações. Disponível em: http://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/brasil/2013/06/19/interna_brasil,372162/saudeeducacao-direitos-iguais-confira-a-ampla-pauta-de-reivindicacoes.shtml. Acesso em 25.11.2013.

Esperamos que a incursão nas ideias de Habermas e Luhmann tenha iluminado os caminhos para a resposta a essa indagação. Uma sociedade plural exige, primeiramente, que sejam os próprios indivíduos, engajados em um processo político, que reconheçam entre si os direitos e deveres que organizam a comunidade. Ademais, uma sociedade plural exige³⁰⁹, com a mesma importância, que o sistema jurídico estabilize expectativas normativas, em um processo de redução da complexidade que possibilita aos indivíduos a antecipação de expectativas de comportamento, orientando suas ações em um espaço plural. Pensemos nesses dois aspectos.

No capítulo sobre Habermas, apreciamos a ideia de que a legitimidade do Direito assenta-se na exigência de que as normas sejam aceitas racionalmente pelos participantes da comunidade. Observamos em detalhe o significado dessa tese e constatamos que essa aceitação racional decorre da observância ao *procedimento* de criação do Direito, especialmente do processo de formação da legislação. A ideia, vale sublinhar, é que um sistema jurídico legítimo é aquele em que os destinatários das normas consideram-se – racionalmente – também autores dessas normas. Não podemos olvidar, é claro, os pressupostos comunicativos subjacentes a essa compreensão. O essencial, todavia, é destacar o fato de que o enfrentamento da complexidade, em Habermas, passa pela criação de mecanismos de captação dos anseios sociais, de participação efetiva das minorias, de edificação de uma esfera pública apta a propiciar a institucionalização de expectativas legítimas; e legítimas porque advindas da racionalidade comunicativa dos participantes.

Essa ideia de participação dos indivíduos é uma condição democrática, mas é também uma faceta da própria visão do Direito como instrumento de planejamento social. E nisso Luhmann contribui de modo preciso. O Direito, em Luhmann, é um sistema aberto ao futuro³¹⁰, que aprende com o ambiente e que, com a positivação, pode ser modificado em razão da seleção de novas expectativas normativas. Apontamos esse

³⁰⁹ Uma visão mais criteriosa poderia apontar aqui uma tentativa de prescrever algo quando Luhmann quer apenas descrever algo. Nesse sentido, talvez seja prudente lembrar a advertência que já fizemos de que a teoria de Habermas é normativa e a de Luhmann é funcional, ao menos naquilo que constitui o objeto desta análise. Contudo, ambas formulam exigências (sejam funcionais, sejam democráticas). Uma sociedade funcionalmente diferenciada, marcada pela complexidade e pela contingência, impõe ao Direito a função de reduzir essa complexidade, estabilizando expectativas de comportamento. Descrever uma função dentro de um contexto é também investigar a relação entre o contexto e a função e, portanto, demonstrar como o contexto *exige* determinada função.

³¹⁰ Sobre a relação entre o Direito e o tempo, sobre a preocupação do Direito com o futuro, ver LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito II**. Op. cit., p. 166.

aspecto à exaustão. Os protestos que marcaram o ano de 2013 no Brasil escancaram o desacordo. Mas não apenas isso. Eles deixam evidente que há um anseio (se correto ou incorreto é outro problema) pela institucionalização de novas práticas e pelo reconhecimento efetivo de novos direitos (como, por exemplo, o de algumas minorias).

Se há pluralidade, se há desacordo, se há minorias, é preciso reconhecer que existem visões distintas sobre os planos que devem orientar a sociedade. Antes disso, porém, é indispensável afirmar a necessidade desses planos. Mostra-se interessante, nesse sentido, a teoria apresentada por Scott Shapiro (*The Planning Theory of Law*³¹¹) para desenvolver um conceito para o Direito. Shapiro argumenta que não é, por exemplo, a capacidade de impor sanções o elemento indispensável para construir um sistema jurídico, mas sim a habilidade para elaborar planos³¹². Ele afirma que “nós somos capazes de criar Direito porque nós somos capazes de criar e compartilhar planos”³¹³. Trata-se de compreender a atividade jurídica como uma atividade compartilhada³¹⁴, em que os participantes agem em concerto, desempenhando distintos papéis, mesmo na circunstância do dissenso³¹⁵. Além disso, na medida em que cresce a complexidade da sociedade, aumentando o número de possibilidades expectáveis e, portanto, aumentando a desconfiança, maior é a necessidade da organização social por meio de planos³¹⁶.

Aqui podemos perceber o seguinte: a preocupação de Habermas não é com a existência de planos, mas com a exigência de que esses planos sejam construídos pelos membros da comunidade; ou seja, se há planejamento, e se esse planejamento pretende aceitação racional e legitimidade, ele deve obedecer a um procedimento capaz de representar a formação pública e discursiva da opinião e da vontade. Por essa razão, Habermas enfatiza a função da política deliberativa e a indisponibilidade dos direitos de participação política. Em síntese: se o Direito é um sistema aberto ao futuro, e se a sua relação com o futuro dá-se por meio de planos, são os próprios cidadãos que devem

³¹¹ Assim Shapiro enuncia a tese (no original): “legal systems are institutions of social planning and their fundamental aim is to compensate for the deficiencies of alternative forms of planning in the circumstances of legality”. SHAPIRO, Scott J. **Legality**, 2011, p. 171.

³¹² SHAPIRO, Scott J. **Legality**, 2011, pp. 155-156.

³¹³ No original: “We are able to create law because we are able to create and share plans”. SHAPIRO, Scott J. **Legality**, 2011, p. 181.

³¹⁴ SHAPIRO, Scott J. **Legality**, 2011, p. 204.

³¹⁵ Recorde-se que trabalhamos esse aspecto ao tratarmos das circunstâncias da política no pensamento de Jeremy Waldron. Ver WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement**, 1999, p. 101

³¹⁶ SHAPIRO, Scott J. **Legality**, 2011, p. 151. O planejamento é necessário para “capitalizar a confiança e compensar a desconfiança”.

construir as normas (planos) que organizam o futuro. Somente assim, segundo Habermas, em um contexto de tensão entre facticidade e validade, é possível edificar um Direito legítimo.

Essa indispensável ênfase nas relações entre democracia, legitimidade e justiça não ignora outra exigência da pluralidade: a estabilização de expectativas de comportamento³¹⁷. Isso é importante para que não manejemos noções imiscíveis. A redução da complexidade não é o foco da teoria habermasiana, mas sim – conforme já assinalamos – a redução *legítima* da complexidade. O ponto é: quando ele afirma que a “função própria do direito”³¹⁸ é estabilizar expectativas de comportamento, ele assume que a institucionalização dos argumentos captados na esfera pública conduz à estabilização normativa desses argumentos. Habermas ainda acrescenta que é a partir desse contexto que se desenvolve uma “segurança jurídica que permite aos destinatários do direito calcular as consequências do comportamento próprio e alheio”³¹⁹. Portanto, também em Habermas tem o Direito a função estabilizadora e redutora da complexidade – a segunda exigência da pluralidade.

No capítulo sobre Luhmann, tentamos demonstrar que a redução da complexidade permite a coesão social e garante a autonomia dos sistemas parciais, entre eles o sistema jurídico. Nem todas as expectativas cognitivas diluídas nas ruas durante as manifestações populares podem orientar normativamente a conduta de toda a sociedade. Ora, muitas delas são, inclusive, contrárias entre si, não conviveriam validamente em um sistema de direito positivo. Se pensarmos no cenário de reivindicações múltiplas que descrevemos linhas atrás, seremos levados a pensar em Luhmann e nas noções de complexidade (incontáveis possibilidades) e de contingência (essas possibilidades sempre poderiam ser distintas) que ele traça. Indivíduos inseridos em uma sociedade complexa não podem orientar suas condutas simplesmente no âmbito das expectativas cognitivas. Tratar-se-ia de uma situação inviável, que reclamaria acordos constantes, debates infintos, busca de consenso, construção de confiança na mais simples relação³²⁰.

³¹⁷ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Vol. I. 2003, p. 170.

³¹⁸ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Vol. I. 2003, p. 182.

³¹⁹ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Vol. I. 2003, p. 182.

³²⁰ A economia da confiança é algo absolutamente indispensável em sociedades complexas. Ver, nesse sentido, SHAPIRO, Scott J. **Legality**, 2011, pp. 332/333. Ver, sobre a economia do consenso, LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. 1983, p. 80.

É por isso que a função de estabilização de expectativas normativas de comportamento, como forma de redução da complexidade, é uma exigência da pluralidade. Selecionar expectativas em um ambiente repleto de sistemas diferenciados é uma operação característica das sociedades modernas; e isso ocorre por meio das estruturas fornecidas pelo Direito. O sistema jurídico seleciona expectativas e as estabiliza, convertendo-as em normas, que passam a orientar a conduta dos participantes e a atuar de maneira contrafática. As próprias decisões jurídicas são produzidas no interior dos sistemas e, note-se, são basilares para a estabilização das expectativas normativas.

Essa engrenagem é fundamental para a conservação da autonomia do Direito, mas é também indispensável para a adaptação do Direito ao ambiente, às instabilidades oriundas de um entorno repleto de possibilidades. Os movimentos sociais produzem inquietações, canalizam insatisfações, desafiam a estabilidade do sistema, que, ao mesmo tempo em que reage para garantir a sua autonomia operacional, constitui um projeto com abertura ao mundo político, um projeto modificável, relativamente contingente. Por essa razão, a concepção do Direito como um sistema autopoético não significa que se esteja a negar instabilidades, questionamentos à ordem estabilizada ou possibilidades de mudança normativa por meio de movimentos políticos³²¹. A evolução

³²¹ Giovanni Saavedra entende que “a postura objetivista de Luhmann mitiga uma justificação do *status quo*, de uma lógica liberal da legalidade que serve apenas para garantir a estabilidade de uma ordem determinada”. Saavedra acrescenta que, na concepção sistêmica, o sistema jurídico “atua de forma destrutiva em relação às formas espontâneas de manifestação da esfera pública”. SAAVEDRA, Giovanni Agostini. **Jurisdição e Democracia**, 2006, p. 66. Caberia refletir, entretanto, se a autonomia do Direito, e mesmo a sua reprodução autopoietica, não constituiria uma condição para a absorção de novas expectativas oriundas das “formas espontâneas de manifestação da esfera pública”. Dizer que o sistema jurídico se reproduz a partir de seus próprios elementos não significa dizer que se isole das pressões que ocorrem no ambiente, que seja alheio aos anseios dos movimentos sociais, por exemplo; mas que as operações não são as mesmas, e que Direito e ambiente são coisas distintas. Se bem entendemos a ideia luhmanniana, a própria expectativa não selecionada, não conforme ao Direito vigente (e a vigência também é uma contingência), tem a pretensão de estabilizar-se e de formar parte de um sistema que produzirá suas decisões a partir dela. E assim ela *irrita* o sistema. Parece-nos, de fato, que a abertura do sistema jurídico a novas expectativas depende de uma adequada captação da complexidade (e aqui talvez Habermas seja decisivo). Ainda assim, teríamos dificuldades de assimilar a crítica de Saavedra, que parece ver o sistema jurídico – em Luhmann – como uma engrenagem desenhada para promover decisões padronizadas e insensíveis aos problemas sociais (Ibidem, p. 67). Em sentido contrário às conclusões de Saavedra, ver CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Interpretação do Direito e Movimentos Sociais**, 2012, p. 83. Nas palavras de Campilongo: “Na sociedade complexa não existe linearidade, determinismo ou controle do futuro. A única necessidade é a garantia da instabilidade. É dessa maneira que a sociedade reage a ela mesma e ao ambiente. A evolução social depende de instabilidade e os conflitos são formas de provocação e ativação de situações instáveis. Uma vulgaridade da teoria dos sistemas – assim como existem vulgaridades do positivismo kelseniano e do marxismo – costuma associá-la a modelos que privilegiam o consenso, repudiam o conflito, valorizam a constância, ignoram a mudança, priorizam a estabilidade e combatem a instabilidade. A teoria dos sistemas seria mais bem compreendida se fosse tomada pelo que é. Pelo menos na versão de Luhmann, conflito, mudança e instabilidade ditam a dinâmica do sistema

social depende tanto da abertura cognitiva (do aprendizado) quanto do fechamento normativo. A estabilização permite a convivência social em uma seara de complexidade e contingência e, mais ainda, possibilita que, em um processo de aprendizado, a nova expectativa selecionada institucionalize-se, servindo – também – de orientação (normativa) ao comportamento dos participantes.

Nesse sentido, podemos sistematizar as exigências da pluralidade, as exigências que uma sociedade plural e complexa impõe ao sistema jurídico. Seguramente, há muitas. Aqui, todavia, resolvemos especificar apenas duas. É preciso tê-las em mente antes de ingressarmos na problemática da aplicação do Direito na sociedade plural. Da leitura de Habermas e Luhmann, do manejo dos conceitos e das ideias de ambos os autores, intérpretes da complexidade social, podemos inferir dois aspectos indispensáveis para o processo de aplicação do Direito:

(1). A autolegislação democrática é condição para a legitimidade do Direito. São os próprios indivíduos que *devem* definir – *entre si* – os direitos e obrigações que eles possuem. O planejamento social por meio do sistema jurídico deve observar, portanto, um procedimento democrático que absorva e considere a existência do dissenso quanto ao conteúdo, que seja capaz de captar diferentes visões sobre justiça, moral e política. Nesse sentido, a primeira exigência da pluralidade é o respeito à participação política, é a ideia de que a organização da comunidade, por meio da legislação, constitua-se no exercício da política.

(2). A complexidade da sociedade moderna é reduzida e a contingência neutralizada. O Direito é um sistema que, diante das infindas possibilidades de ação, das inúmeras visões sobre justiça, moral e política, atua seletivamente, estabilizando expectativas de comportamento, convertendo-as em normas jurídicas. A estabilização normativa é necessária para que os participantes possam orientar a sua conduta, antecipar expectativas e economizar confiança e consenso em um mundo complexo. Nesse sentido, a segunda exigência da pluralidade é a estabilização de expectativas normativas de comportamento – atributo funcional do sistema jurídico.

social”. No mesmo sentido de Campilongo, ver KING, Michael. A verdade sobre a autopoiese no direito. In: ROCHA, Leonel Severo; KING, Michael; SCHWARTZ, Germano. **A verdade sobre a autopoiese no direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, pp. 87-88.

Examinado o significado da pluralidade e estudada a posição do sistema jurídico em uma sociedade complexa, já estamos em condições de enfrentar o fenômeno da aplicação do Direito³²², que não pode ignorar as duas exigências da pluralidade: (1) a consideração ao procedimento legislativo democrático e (2) a função estabilizadora de expectativas normativas de comportamento.

³²² Mario Losano afirma que Luhmann, ao contrário de Kelsen, interessa-se mais pela relação sistema/ambiente do que pelos elementos do sistema, não se importando, portanto, com o conteúdo do sistema. Ver LOSANO, Mario G. **Sistema e estrutura no direito**. Vol. 3. 2011, p. 425. Isso poderia constituir uma objeção central a este trabalho, que pretende discutir o “Direito por princípios” (e os princípios são um elemento do sistema) também a partir de Luhmann. No entanto, parece-nos que as noções de normatividade, abstração, generalização e programação condicional, elementos indispensáveis para a descrição que Luhmann empreende do processo funcional de estabilização de expectativas normativas de comportamento, têm estreita relação com o problema da aplicação do Direito por meio de princípios. A estabilização de expectativas normativas não se dá sem um acervo de elementos que permitam essa estabilização. Se a aplicação do Direito passa a ser compreendida *fora* das noções de abstração, generalidade e programação condicional, por exemplo, ainda caberia falar em um Direito que exerce a função de estabilizar expectativas normativas de conduta? Até que ponto é possível proceder a uma descrição funcional (que presume um conjunto de fatores) sem considerar os elementos do sistema? Note-se: não pretendemos, na “Parte III”, discutir regras e princípios a partir de deduções dos conceitos luhmannianos. Não se trata disso. Todavia, entendemos que essa discussão pode ser útil, sobretudo para o enfrentamento do objeto deste trabalho, se – ao apreciar o “Direito por princípios” – pudermos ter em conta os atributos funcionais apontados por Luhmann. Vale salientar, além disso, que no livro *O Direito da Sociedade*, cuja edição espanhola tem nos servido de referência, Luhmann aprecia criticamente uma série de concepções voltadas para a interpretação e aplicação do Direito: entre elas, a ponderação de valores e a análise econômica do Direito.

PARTE III – A APLICAÇÃO DO DIREITO NA SOCIEDADE PLURAL

Este momento metodológico não serve à prescrição de como *deve ser* a aplicação do Direito na sociedade plural. Na verdade, talvez esteja mais próximo de uma perspectiva negativa, isto é, de como *não deve ser* essa aplicação, já que a proposta – aqui – é examinar criticamente a consolidação do que chamamos “Direito por princípios”. A tarefa, portanto, é mais modesta, pois procura tão somente demonstrar que o protagonismo dos princípios, conduzidos à decisão judicial para adjudicar controvérsias morais e políticas, *pode* violar as exigências da pluralidade.

Para tanto, precisamos assumir alguns pressupostos, estabelecer alguns pontos de partida. O constitucionalismo é um desses pressupostos. Advirta-se, porém, que o constitucionalismo *não é* necessariamente uma exigência da pluralidade. Ao menos, não em nosso contexto³²³. Entendemos que a estabilização de expectativas normativas e a autolegislação democrática constituem exigências *anteriores* à própria noção de constitucionalismo e, mais ainda, à própria discussão sobre o uso dos princípios na aplicação do Direito. Mas a relação entre princípios jurídicos e constitucionalismo é, nos dias de hoje, intrínseca. Se observarmos o caso brasileiro, tem-se uma Constituição repleta de direitos fundamentais, não raro formulados como princípios e, ainda, protegidos por cláusulas que lhes conferem normatividade.

Por isso, princípios – para os objetivos deste trabalho – são os *princípios constitucionais*. A positivação desses princípios facilita e justifica o recorte proposto. Outro aspecto que precisamos assumir é a *normatividade* dos princípios constitucionais. Seria controverso – especialmente em consideração à maior parte das constituições vigentes – afirmar que a *liberdade*, a *dignidade* e a *igualdade* são apenas mandamentos morais ou diretrizes. Isso, contudo, não elimina as perguntas sobre *qual* normatividade, sobre *como* os princípios adequadamente ingressam na argumentação jurídica e sobre *como* se determina o conteúdo desses princípios. A normatividade dos princípios não

³²³ Há discussões sérias sobre a fundamentação do constitucionalismo, essencialmente no que concerne à irrefletida (ou pouco refletida) consolidação do *judicial review*. Salienta-se, entre outros aspectos, que é discutível a tese de que tribunais protegem mais os direitos fundamentais em comparação com os parlamentos. Ver, nessa linha, BAYÓN, Juan Carlos. **Democracia y derechos**, 2010, p. 29. Jeremy Waldron manifesta a mesma preocupação com o constitucionalismo, ainda no contexto de crítica apresentado em *Law and Disagreement*, em WALDRON, Jeremy. **The Core of the Case Against Judicial Review**. *The Yale Law Journal*, 115: 1346, 2006. Neste escrito, embora Waldron siga questionando a tese (e talvez esta é que seja irrefletida) de que tribunais protegem *melhor* os direitos fundamentais, passa a admitir – e Bayón segue linha semelhante – que a maior ou menor força dos tribunais na proteção dos direitos fundamentais depende de questões contextuais, de condições relativas à consolidação das instituições democráticas em cada comunidade.

pode obscurecer, por exemplo, o fato de que a sua concretização é objeto de profundo dissenso moral e político e que isso é essencial para *levar a sério* os princípios (e as regras) no processo de interpretação/aplicação do Direito.

Ademais, é preciso fazer uma derradeira advertência. Não estamos particularmente interessados em discutir cada uma das teorias que tratam sobre princípios. A literatura é vastíssima. Entre Dworkin³²⁴, Alexy³²⁵, Atienza e Ruiz Manero³²⁶, Ávila³²⁷, Streck³²⁸, Neves³²⁹, sem qualquer pretensão de exaustividade, há convergências e divergências que demandariam uma descrição em detalhe que pouco nos ajudaria no desenvolvimento do argumento. Às vezes, um princípio estabelece-se imediatamente de modo contrafático; outras vezes, tem uma definitividade característica das regras; e, em outros casos, pode representar – como no campo das políticas sociais – um estado de coisas a ser alcançado³³⁰. A distinção entre princípios e regras tem mais relevância para o momento da aplicação do Direito do que propriamente *antes*, do que no ato de descrição dos elementos que compõem o sistema jurídico.

³²⁴ Em Dworkin, princípios fornecem uma razão argumentativa para o caso e, ao contrário das regras, não são aplicáveis no modo tudo ou nada (*all or nothing fashion*) e, ademais, possuem uma dimensão de peso. DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1977, pp. 24-26.

³²⁵ A proposta de Robert Alexy é deveras conhecida e, no Brasil, goza de aceitação significativa na doutrina e na prática judicial. Alexy conceitua princípios da seguinte maneira: “são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades fáticas e jurídicas existentes”. ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 90.

³²⁶ ATIENZA, Manuel e RUIZ MANERO, Juan. **Las piezas del Derecho: teoría de los enunciados jurídicos**. 4.ed. Barcelona: Ariel, 2007, pp. 26-27. Os autores propõem uma distinção entre princípios em sentido estrito e normas programáticas (ou diretrizes). A ideia de mandamento de otimização (de Alexy) seria adequada apenas para estas. Contudo, a noção de “norma programática” é bastante controversa no caso brasileiro, embora possa fornecer bases para compreender a aplicação de normas de direito fundamental que exigem uma prestação positiva do Estado.

³²⁷ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 10.ed. São Paulo: Malheiros, 2009, pp. 78-79. O autor conceitua princípios como normas “imediatamente finalísticas”, que “estabelecem um fim a ser atingido”. Em linhas gerais, para Ávila, princípios estabelecem um estado ideal de coisas.

³²⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 561/563. Para o autor, há uma circularidade entre regras e princípios. Um não existe sem o outro e cada um cumpre um papel distinto no processo de interpretação/aplicação do Direito. Streck relaciona os princípios ao mundo prático, destaca o seu caráter unificador para o sistema jurídico e vincula a reflexão sobre a legitimidade da regra à dimensão dos princípios. A proposta hermenêutica do autor não aceita a distinção estrutural entre regras e princípios. A distinção é importante para o momento de aplicação.

³²⁹ NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais**. São Paulo: Martins Fontes, 2013. A proposta de Marcelo Neves tem direta influência do pensamento de Niklas Luhmann e, por isso, nos servirá de referência para discutir o “Direito por princípios” no seio da segunda exigência da pluralidade.

³³⁰ Ávila evidencia esse aspecto com o exemplo da *igualdade*, que – para ele – pode funcionar como regra, como princípio e até como postulado (categoria que ele propõe). ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**, 2009, p. 152.

Nesse sentido, a preocupação deste trabalho é *anterior*. Constatado o *fato do pluralismo*³³¹, indagamos o que esse pluralismo requer do Direito. Dentro dessa perspectiva, o Direito – em uma sociedade plural – tem de cumprir determinadas exigências para que seja *adequado* a essa sociedade. É nesse contexto que posicionamos o olhar sobre os princípios constitucionais, que, uma vez elevados ao *status* de elemento normativo do sistema, não podem ser formulados como se nada devessem às exigências da pluralidade.

É para apreciar essa problemática que reservamos a última parte desta dissertação. A estratégia para desenvolver o argumento é singela. Em um primeiro momento, discutiremos as relações entre a aplicação de princípios constitucionais e a observância à primeira exigência da pluralidade, tendo como paradigma a perspectiva teórica de Habermas. Em um segundo momento, passamos a analisar as relações entre os princípios e a segunda exigência – desta vez funcional – da pluralidade, no escopo das ideias de Niklas Luhmann. Por fim, faremos alguns apontamentos em relação ao método da ponderação. Em cada etapa, faremos uso de exemplos para *ilustrar* e *justificar* o problema.

1. PRINCÍPIOS E A PRIMEIRA EXIGÊNCIA DA PLURALIDADE

Dissenso e desacordo são palavras que se espalham por muitos dos parágrafos deste trabalho. É justamente em razão da constatação do dissenso em relação à concretização de princípios, fato já constatado quando estudamos algumas das características da sociedade plural, que recorremos a Habermas. E recorremos a Habermas exatamente para compreender a razão pela qual, em um cenário em que as pessoas discordam sobre o conteúdo dos princípios, é importante que elas participem na construção das normas que se destinam a orientar³³² as suas expectativas de

³³¹ O “fato do pluralismo”, que neste trabalho surge na descrição da *sociedade plural*, é – utilizando-se de Rawls, aceito em Habermas. Ver HABERMAS, Jürgen. **A short reply**. Ratio Juris, Vol. 12, n. 4 (December, 1999), pp. 445-453. Para Claudio Michelon Jr., o “fato do pluralismo” é um grande desafio para a filosofia política e para a filosofia jurídica na contemporaneidade. Ver MICHELON JR., Claudio. **Being Apart from Reasons: the role of reasons in public and private moral decision-making**. DORDRECHT, Springer, 2006, p. 141.

³³² Esperamos que já esteja clara que essa orientação comportamental é “apenas” normativa. Não há necessariamente vinculação entre a expectativa e a verificação do comportamento, que ocorre no mundo fático. Isso se explica por diversas razões. Uma forma mais singela de explicar esse processo busca na tese positivista de separação dentre Direito e moral o fundamento para demonstrar que existem vários sistemas de normas, que, não necessariamente, se autoimplicam. Uma maneira mais sofisticada consiste em ingressar no campo das razões para a ação. Nesse ponto, Michelon refuta a tese de que as razões

comportamento. Aliás, a autolegislação democrática – nas condições procedimentais habermasianas – é pressuposto para a legitimidade do Direito.

Princípios constitucionais têm – sim – um papel nesse contexto; e, por óbvio, esse papel tem correspondência com a própria concepção de Constituição em Habermas. Mas seriam os princípios – ainda que dotados de normatividade – destinados a resolver conflitos morais e políticos conduzidos à disputa judicial? Por exemplo: o recurso ao princípio da igualdade *pode* resolver um conflito moral que envolva exatamente uma densificação do princípio da igualdade? O dissenso político, entre visões de mundo distintas sobre a compreensão da liberdade, *pode* ser resolvido por meio do recurso à própria noção de liberdade?

São perguntas que têm pertinência em um contexto em que princípios são – judicialmente – invocados para *corrigir* regras jurídicas ou para resolver uma disputa política que envolve (legítimas) leituras distintas de determinado (s) princípio (s). Traremos um exemplo sobre o problema ao final do capítulo. Antes, no entanto, mostra-se necessário percorrer dois caminhos: (1) avaliar a posição dos princípios constitucionais no paradigma teórico habermasiano e (2) proceder a uma discussão em torno das objeções democráticas ao uso de princípios para resolver disputas morais e políticas presentes na sociedade.

1.1. Constituição, princípios e a perspectiva deliberativa

Como estratégia para observar a posição dos princípios na matriz democrático-procedimental, precisamos – primeiro – relacionar o significado da Constituição em Habermas com as implicações de uma concepção centrada na democracia deliberativa. Quando se coloca em evidência essa relação, deixa-se transparecer o problema da função e legitimidade da jurisdição constitucional. Princípios constitucionais não se dissociam desse contexto; em Habermas, vinculam-se de modo estreito à formação racional da opinião e da vontade.

jurídicas para a ação sejam separadas ou isoladas (*insulation*) das razões morais, éticas e pragmáticas. O processo de decisão é sempre o resultado de um raciocínio compreensivo. Ver MICHELON JR., Claudio. **Being Apart from Reasons**, 2006, p. 172 e p. 179. Bayón segue linha semelhante. Afirma que o dever jurídico não atua como classe distinta, separada e isolada do dever moral. As possíveis razões (independentes do conteúdo) para seguir o Direito se tornam conclusivas após a ponderação (em um processo compreensivo) com outras razões para a ação. Ver BAYÓN, Juan Carlos. **La Normatividad del Derecho**, 1991, p. 546.

1.1.1. O paradigma discursivo e o significado da Constituição em Habermas

No capítulo em que trabalhamos o pensamento de Jürgen Habermas, ainda ao investigar as exigências da pluralidade, observamos que, ao avaliar criticamente alguns dos argumentos apresentados por Jeremy Waldron em *Law and Disagreement*, Habermas sublinha que a Constituição tem um “significado performativo”³³³. Esse significado é explicitado por Habermas no contexto do problema de *quais* direitos subjetivos básicos os indivíduos, que compartilham a intenção de regular a vida comum por meio do direito positivo, deveriam atribuir-se mutuamente³³⁴.

A Constituição corresponde, assim, a um projeto compartilhado, a um ponto de referência comum, que “fornece para as gerações posteriores uma perspectiva normativa a partir da qual elas podem apropriar-se criticamente da missão constitucional e de sua história”³³⁵. Para Habermas, esse significado performativo mantém a estabilidade da Constituição, cuja compreensão do sentido evolui e se dissemina por diferentes textos legais e interpretações desses textos, preservando-se uma noção comum – e intuitiva – para todos os membros da comunidade política³³⁶.

É essencial mencionar que esse “sentido comum” não mitiga – na perspectiva de Habermas – o direito ao autogoverno das gerações subseqüentes. Na verdade, os participantes seguem em um empreendimento caracterizado pelo autogoverno, produzindo novas leituras morais e políticas a partir de um horizonte compartilhado e estável. A Constituição fornece, pois, o fundamento para a ação política, mas – e em coerência com a própria ideia de legitimação do Direito pela democracia – não contém qualquer ordem *objetiva* de valores³³⁷. Os direitos básicos que os indivíduos atribuem uns aos outros no ato de fundação (de elaboração da Constituição) seguem sendo objeto de reflexão no seio da política deliberativa.

³³³HABERMAS, Jürgen. **On Law and Disagreement**, 2003, p. 193. Habermas não fala exatamente de significado performativo *da Constituição*, mas de significado performativo da “elaboração da Constituição” (*practice of constitution making* ou *constitutional law-making*). Sobre atos ou enunciados performativos, ver AUSTIN, J.L. **How to do things with words?** Second Edition: Harvard University Press, 1975, pp. 67-70.

³³⁴ HABERMAS, Jürgen. **A short reply**, 1999, p. 447.

³³⁵ No original: “It provides a normative perspective from which later generations can critically appropriate the constitutional mission and its history”. HABERMAS, Jürgen. **On Law and Disagreement**, 2003, p. 193.

³³⁶ HABERMAS, Jürgen. **On Law and Disagreement**, 2003, p. 193.

³³⁷ Para uma explicação sobre essa posição de Habermas, ver RASMUSSEN, David M. How is valid law possible? In: DEFLEM, Mathieu (Edit.). **Habermas, Modernity and Law**. London: Sage, 1996, pp. 37-38.

Note-se que a centralidade do paradigma deliberativo-procedimental modifica, assim, a exclusividade de uma concepção liberal e também de uma concepção republicana sobre democracia e direitos³³⁸. A proposta de Habermas concilia as duas visões e propõe, com a teoria do discurso, o foco em condições procedimentais e em pressupostos comunicativos no processo de formação da opinião e da vontade³³⁹. A opinião pública – informalmente – produz *influência*. Essa influência é transformada em poder comunicativo por meio dos procedimentos eleitorais. E, por fim, esse poder comunicativo é transformado em “poder administrativo” por meio da legislação³⁴⁰. Todo o processo tem como base a captação de argumentos na esfera pública. Isso é indispensável para compreender o papel que a liberdade comunicativa desempenha na teoria do discurso.

O modelo de democracia de Habermas consiste, no fundo, em conferir o mesmo peso à autonomia pública e à autonomia privada³⁴¹, em levar a sério esses dois aspectos que se autoimplicariam. Não se trata, portanto, de prescrever *apenas* a necessidade de que os indivíduos ajam em concerto, em conjunto, deliberando – cada um com igual direito de voto – sobre os problemas que afetam a comunidade. Cuida-se, além disso, da exigência da consolidação de condições procedimentais para o exercício dessa liberdade comunicativa. É exatamente por isso – e aqui reside uma conexão fulcral entre a democracia deliberativa e a prática constitucional – que o conceito procedural de soberania popular não permite que os cidadãos disponham, *conforme a sua vontade e de qualquer modo*, sobre a organização da comunidade³⁴².

Ora, se os participantes não podem utilizar a sua soberania popular e autonomia na vida pública (pois a concepção procedural habermasiana requer igual consideração à autonomia privada) para dispor *livremente* sobre a atribuição de direitos e deveres na comunidade, isso significa que há limites *constitucionais* ao exercício da própria prática deliberativa. O sistema de direitos básicos estabelecido no ato de elaboração da Constituição e que, conforme observamos, tem um significado performativo, tem – em Habermas – um caráter de indisponibilidade. Perceba-se, no entanto, que indisponibilidade não quer dizer que os direitos fundamentais não constituam objeto de

³³⁸ HABERMAS, Jürgen. **Three normative models of democracy**. Constellations, Vol. I, N. 1, 1994, p. 04.

³³⁹ HABERMAS, Jürgen. **Three normative models of democracy**, 1994, p. 09.

³⁴⁰ HABERMAS, Jürgen. **Three normative models of democracy**, 1994, p. 09.

³⁴¹ RASMUSSEN, David M. **How is valid law possible?**, 1996, p. 30.

³⁴² HABERMAS, Jürgen. **Three normative models of democracy**, 1994, p. 10.

discussão. Há dissenso quanto à forma de concretizá-los. O ponto é que a indisponibilidade dos direitos, no contexto da teoria do discurso, está intimamente relacionada à noção procedural de democracia. Essa relação impõe à jurisdição constitucional uma função singular: a de guardiã da democracia deliberativa³⁴³.

À luz da teoria do discurso, todo e qualquer debate sobre princípios constitucionais – e sobre a aplicação desses princípios pelos tribunais – não pode ser realizada sem consideração à posição da democracia deliberativa nas relações entre política e Direito. Exaustivamente já sublinhamos neste trabalho que a própria legitimidade das normas jurídicas está assentada na aceitação racional pelos destinatários, pois eles – no exercício da liberdade comunicativa e da autonomia pública – devem ser também produtores dessas normas. Assim, se essas são as condições das quais depende a legitimidade (e também a validade) do Direito na perspectiva habermasiana, a compreensão da função da jurisdição constitucional apenas poderia ter lugar nesse paradigma.

Afirma Habermas: “o tribunal constitucional deve proteger o sistema de direitos que possibilita a autonomia privada e pública dos cidadãos”³⁴⁴. O controle de constitucionalidade – e Habermas tem consciência de que o recurso aos princípios em sede constitucional é muito mais intenso³⁴⁵ – deve estar, pois, primordialmente centrado na avaliação da gênese democrática das leis, na garantia da participação cidadã e inclusiva nos processos de elaboração da legislação³⁴⁶. Não faz o menor sentido, nesse escopo discursivo, compreender os tribunais (e, em especial, os de jurisdição constitucional) como órgãos destinados a efetivar um determinado e específico modelo político ou um conjunto prévio e ordenado de valores. O paradigma procedural de democracia exige – de fato – a proteção constitucional do sistema de direitos. Requer, ainda, que não se suprima da política deliberativa aquilo que está à disposição da deliberação; aliás, pelo contrário: antes de tudo e primordialmente, cuida-se de proteger o direito à autolegislação democrática.

³⁴³ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Vol. I. 2003, p. 341.

³⁴⁴ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Vol. I. 2003, p. 326.

³⁴⁵ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Vol. I. 2003, p. 303.

³⁴⁶ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Vol. I. 2003, p. 327.

1.1.2. Os princípios constitucionais – quem os interpreta?

Certamente não (ou não só) o juiz Hércules. Sabemos que Hércules é um modelo de juiz – com habilidades sobre-humanas³⁴⁷ – idealizado por Ronald Dworkin. O problema de Habermas com esse modelo reside no que ele chama de “princípio monológico”³⁴⁸, isto é, na prevalência de uma perspectiva baseada na figura de um juiz com poderes cognitivos especiais, capaz de conhecer a essência dos princípios fundamentais (e sua vinculação à moral da comunidade). Se conseguimos esclarecer bem a concepção de democracia deliberativa em Habermas, não será difícil concluir que essa visão monológica é singularmente controversa. Nas palavras de Habermas: “tais enunciados pressupõem que o juiz esteja altamente qualificado, seja por seus conhecimentos e habilidades profissionais, seja por suas virtudes pessoais, a representar os cidadãos e garantir *interinamente* a integridade da comunidade jurídica”³⁴⁹.

O juiz Hércules tem espaço em uma compreensão do Direito como atividade interpretativa, fundada na ideia de integridade (*Law as Integrity*³⁵⁰). Os juízes teriam a obrigação de interpretar as normas jurídicas conforme um conjunto coerente de princípios, que apresentariam as decisões políticas prévias em seu “melhor sentido”. Essa prática conferiria integridade ao sistema jurídico, permitindo que as normas positivas sejam justificadas moralmente. Uma associação fraterna de indivíduos não se guiaria apenas por compromissos ocasionais, mas por um conjunto de princípios que dotaria as instituições de *uma só voz*³⁵¹. A interpretação jurídica, portanto, corresponderia a uma prática construtiva, em que seria necessário determinar a adequação (*fit*) entre as decisões políticas e os princípios a elas subjacentes.

Esse cenário teórico conduz Scott Shapiro a concluir que um juiz dworkiniano deve fazer filosofia a cada caso e que, ao se engajar em uma tarefa construtiva, deve

³⁴⁷ Em relação às super-habilidades de Hércules, que obviamente não é um juiz real, mas representa uma metáfora para explicar a tarefa do juiz no contexto da interpretação construtiva do Direito, vale transcrever – no original – a apresentação que Dworkin faz de seu personagem: “We might therefore do well to consider how a philosophical judge might develop, in appropriate cases, theories of what legislative purpose and legal principles require. We shall find that he would construct these theories in the same manner as a philosophical referee would construct the character of a game. I have invented, for this purpose, a lawyer of superhuman skill, learning, patience and acumen, whom I shall call Hercules”. DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**, 1977, p. 105.

³⁴⁸ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Vol. I. 2003, p. 276.

³⁴⁹ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Vol. I. 2003, p. 277.

³⁵⁰ DWORKIN, Ronald. **Law’s Empire**. London: Fontana Masterguides Editor: London, 1986, p. 413.

³⁵¹ Streck afirma, nesse mesmo sentido, que o Direito tem *DNA*. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**, 2011, p. 44.

desenvolver sobretudo uma filosofia moral³⁵². Esse ingresso em uma prática filosófica de fundamentação das normas³⁵³ – a cada caso – enfraquece algumas funções que o Direito tem de desempenhar em uma sociedade plural. Esse aspecto, todavia, trataremos no capítulo seguinte. Aqui, interessa mencionar que as objeções de Habermas não se direcionam exatamente à ideia de integridade, coerência e tampouco (pois há concordância com ela) ao caráter deontológico dos princípios.

Habermas aceita a ideia de que princípios são normas e que eles justificam argumentativamente a aplicação de regras jurídicas³⁵⁴. A controvérsia reside na figura do intérprete, *na aposta* dworkiniana na capacidade filosófica de um solitário (e Habermas fala em “solipsista”³⁵⁵) juiz. Por que não haveria também um legislador Hércules?³⁵⁶ Somente a imperfeição do legislador é, então, autoevidente? Seria por meio de um ingresso filosófico na moral da comunidade, a partir de juízes espelhados em Hércules, que *levaríamos nossos direitos a sério? Ou levar os direitos a sério* significa aceitar o fato do pluralismo e respeitar o direito de cada participante a buscar a sua concepção de *justiça, de liberdade, de dignidade, de igualdade, etc.? Buscá-la –*

³⁵² SHAPIRO, Scott J. **Legality**, 2011, p. 307.

³⁵³ Ver, sobre isso, a distinção habermasiana entre discursos de justificação (próprios da legislação) e discursos de aplicação. Para Habermas, existe uma “linha vermelha” que separa a jurisdição da legislação. HABERMAS, Jürgen. **A short reply**. 1999, pp. 447-448.

³⁵⁴ A função deontológica dos princípios reside no fato de que servem – obrigatoriamente – de justificação para outras normas. Veja-se o que diz Habermas: “Princípios ou normas mais elevadas, em cuja luz outras normas podem ser justificadas, possuem um sentido deontológico”. HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Vol. I. 2003, p. 316.

³⁵⁵ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Vol. I. 2003, p. 280. Note-se que essa posição de Dworkin deve ser contextualizada na sua rejeição à tese positivista da discricionariedade e, ademais, na existência da “resposta correta”. Lenio Streck alinha-se a Dworkin nessa crítica à discricionariedade positivista. Para Habermas, a teoria de Dworkin é solipsista. Para Streck, o solipsismo está na teoria positivista do século XX (sobretudo em Kelsen e em Hart). Tanto em Streck como em Dworkin, a discricionariedade judicial é fulminada pelo recurso aos princípios, considerada a ideia da integridade do Direito. Ver STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. 2011, pp. 101-102. Não nos parece convincente a tese de Streck neste ponto. Embora ele forneça uma teoria interessante para afirmar que princípios atuam não para abrir, mas para “fechar a interpretação” (Ibidem, p. 564), ele não oferece uma saída definitiva (assim como Dworkin) para o problema da discricionariedade. Isso porque a discricionariedade – em Hart – decorre essencialmente da “textura aberta” das normas jurídicas. Essa “textura aberta” simplesmente não pode ser “fechada” com o recurso a normas (princípios) cuja abertura para considerações políticas e morais é ainda maior (HART, H. L.A. **The Concept of Law**, 1994, p. 275). A tese que refuta a discricionariedade judicial passa das considerações semânticas de Kelsen e Hart para considerações acerca de princípios de uma moral da comunidade e aposta em uma empreitada filosófica do juiz (agora, não solipsista). A menos que esse juiz possa acessar a “verdade” por meio dessa interpretação (re) construtiva e que possa, assim, determinar ele o conteúdo exato dos princípios jurídicos, a tese da “resposta correta” ou da “resposta adequada” restringe-se apenas a uma ênfase no *dever de fundamentação em consideração ao aspecto deontológico dos princípios*; no entanto, ela não resolve o problema da “textura aberta”. Aliás, a teoria do direito deveria perguntar-se se essa aposta nos princípios não produz mais decisões voluntaristas (pois isso preocupa pós-positivistas) que o “pessimismo” da discricionariedade positivista, que – ao menos – deixa clara a responsabilidade política dos juízes.

³⁵⁶ GARCIA AMADO, Juan Antonio. **¿Existe discrecionalidad en la decisión judicial?** Isegoría, No. 35 (2006, pp.151-172), p. 166.

frise-se – politicamente, submetendo argumentos e posturas políticas à apreciação e deliberação na esfera pública.

Daí a crítica de Habermas ao “princípio monológico”, ao juiz que – sozinho – filosofa moralmente sobre os princípios que fundam e orientam a comunidade. Se a pluralidade é um fato e se a Constituição tem um significado performativo que serve como ponto de referência para o discurso, *todos somos intérpretes dos princípios constitucionais*. Por isso, Habermas salienta que “o juiz singular tem que conceber a sua interpretação construtiva como um empreendimento comum, sustentado pela comunicação pública dos cidadãos”³⁵⁷.

Nesse sentido, uma leitura habermasiana dos princípios constitucionais pode, para além de atribuir-lhes uma feição deontológica, posicioná-los em um nível reflexivo; ou seja, na medida em que os princípios constituem um horizonte compartilhado, eles permitem que os participantes da comunidade critiquem-se mutuamente à luz desses princípios. Trata-se de entender os princípios constitucionais no seio de uma teoria do discurso, cujo foco é propiciar o protagonismo da política deliberativa.

Se pensarmos no processo de elaboração da legislação pelos cidadãos, perceberemos que os princípios servem de referência para o próprio discurso: eles *abrem* o discurso ao passo que também impõem *limites*. Se a *livre-iniciativa*, a *dignidade humana* e a *igualdade* constituem princípios dotados de normatividade, eles obrigam que o processo de construção das regras jurídicas não ocorra à margem de tais princípios. Discutimos e deliberamos, portanto, no contexto de um ponto de vista compartilhado³⁵⁸, mas princípios (por si) não são capazes de adjudicar nossas controvérsias.

1.2. O problema democrático: sobre conceitos e concepções

Uma das críticas mais agudas ao *judicial review* e, nesse contexto, à adjudicação de conflitos morais e políticos pelos tribunais (com recurso aos princípios) é formulada por Jeremy Waldron, cujas ideias já exploramos com alguma atenção neste trabalho. Entre tantas das categóricas objeções de Waldron, uma das principais pode assim ser

³⁵⁷ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Vol. I. 2003, p. 278.

³⁵⁸ HABERMAS, Jürgen. **On Law and Disagreement**, 2003, p. 194.

apresentada: quando nós (ou nossos representantes) discordamos sobre quais direitos nós temos ou sobre o que esses direitos implicam, é um *insulto* que não possamos deliberar sobre isso e que a decisão seja determinada por um pequeno grupo de juízes³⁵⁹. Além disso, prossegue Waldron, “é particularmente insultante quando descobrimos que os juízes também discordam entre eles exatamente nos mesmos termos que nós e que, ademais, recorrem ao critério majoritário para decidir – na sala do tribunal – a questão”³⁶⁰.

Para os propósitos do argumento aqui desenvolvido, não nos importam tanto as objeções que Waldron direciona ao constitucionalismo. Interessa-nos – essencialmente – a sua peremptória defesa da *legislação* como meio adequado para a resolução de controvérsias morais e políticas e, mais ainda, as suas advertências em relação ao recurso a princípios para a efetivação de direitos. Isso porque o processo de deliberação política está configurado *em consideração* ao dissenso estrutural presente na comunidade³⁶¹. Por isso – e não por acaso – posicionamos o *desacordo* (com base em Waldron) entre as características principais da sociedade plural. Se as comunidades políticas contemporâneas são marcadas pela diversidade e, assim, por visões de justiça que concorrem entre si, é uma exigência da pluralidade que os direitos sejam atribuídos *em consideração* a esse dissenso. Daí o nosso foco na democracia deliberativa de Habermas e na defesa da legislação em Waldron³⁶².

Observemos uma situação hipotética para ilustrar a abordagem. Uma Constituição pode, como faz a brasileira, estabelecer, sem o recurso à pretensão de

³⁵⁹ WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement**, 1999, p. 15.

³⁶⁰ No original: “It is particularly insulting when they discover that the judges disagree among themselves along exactly the same lines as the citizens and representatives do, and that the judges make their decisions, too, in the courtroom by majority-voting”. WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement**, 1999, p. 15.

³⁶¹ WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement**, 1999, p. 99.

³⁶² Uma advertência em termos de compatibilidade entre Habermas e Waldron poderia suscitar a rejeição – por parte de Waldron – da ideia habermasiana de ação comunicativa orientada ao entendimento, ao consenso, da qual depende a democracia deliberativa. Na verdade, essa noção de “consenso”, que já tentamos clarear um pouco capítulos atrás, parece-nos, ao menos para os fins deste trabalho, o ponto mais controverso e que enseja maiores cuidados metodológicos. Esperamos que não estejamos iludidos por semelhanças que podem obscurecer cruciais diferenças. Porém, ao considerar essa advertência, duas observações são importantes: (1) para Waldron, os direitos de participação têm prevalência em relação aos demais, isto é, não competem com outros direitos no mesmo nível; (2) Waldron refuta, naturalmente, uma afirmação de que a democracia deliberativa esteja estruturada para que as decisões sejam tomadas por meio de consensos, mas ele aceita que a orientação pelo consenso é importante em termos de “lógica da deliberação”, em que os participantes discutem de boa-fé e esperam que os seus argumentos sejam admitidos pelos demais. Essas duas observações nos levam a crer que não existe, neste ponto, diferença abissal entre os dois autores. Ver WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement**, 1999, p. 91 e p. 222.

definitividade das regras, que todos têm *direito à cultura*. Do ponto de vista discursivo, passamos a nos mover politicamente *em consideração* à presença dessa norma na Constituição. Isso quer dizer não apenas que o *direito à cultura* serve de parâmetro reflexivo e justificador da legislação infraconstitucional que trate da concretização do direito à cultura, mas também que essa concretização exige a adoção de meios políticos adequados. Nesse sentido, uma primeira indagação deve ser formulada: onde está o desacordo em relação ao *direito à cultura*? A resposta: ele está exatamente na eleição de critérios (de meios) para o alcance da finalidade.

Um político “A”, cuja base eleitoral é formada no seio do movimento estudantil, pode propor que se conceda gratuidade a todos os estudantes no acesso a museus, teatros e cinemas. Um político “B”, preocupado com o repasse do custo da gratuidade àqueles que pagariam as entradas, articula argumentos contrários à medida proposta por “A”. Um político “C”, por sua vez, embora concorde com a pauta de acesso à cultura, acredita que uma gratuidade total e para todo o universo de estudantes seria um exagero. Um político “D” propõe uma emenda ao projeto para que sejam excluídos os estudantes de instituições particulares. Um político “E” questiona a razão pela qual o projeto original não contempla entrada para jogos de futebol e “A” lhe responde que futebol é apenas entretenimento, mas não é cultura. Ao final, chega-se a um texto baseado no compromisso³⁶³: fixa-se um desconto de 30% para todo o universo de estudantes e os eventos esportivos não são incluídos no campo de aplicação da norma.

Note-se que o desacordo é intrínseco ao debate. No fundo, a norma constitucional do direito à cultura *abre* e orienta a deliberação, mas ela *não diz nada* sobre que direitos efetivamente os membros da comunidade possuem. É por isso que não há sentido em afirmar, a partir tão somente de uma formulação principiológica sobre o direito à cultura³⁶⁴, que os estudantes *têm* direito à gratuidade referida, em quaisquer das modalidades propostas pelos representantes. Não há direito sequer *prima facie* ao meio “M₁”, ou “M₂” ou “M₃”, mas apenas uma *razão* para a adoção de um

³⁶³ SHAPIRO, Scott. *Legality*, 2011, p. 378.

³⁶⁴ Mesmo que admitamos a existência de “respostas corretas”, Waldron entende que – nas circunstâncias da política – trata-se de algo irrelevante e que termina por deixar o juiz em uma zona de conforto, com a sensação de uma falsa limitação. Juízes, mesmo que busquem a resposta correta, seguirão dando respostas diferentes e, além disso, nada garante que algumas não sejam “mais corretas” que outras. WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*, 1999, pp. 186-187.

deles³⁶⁵. Daí a dificuldade de argumentar judicialmente com base em princípios para resolver controvérsias dessa natureza.

Poderíamos supor que uma ação judicial fosse manejada para exigir que o percentual de gratuidade não fosse de 30%, mas de 50% ou mesmo para argumentar que a gratuidade deveria ser total. Não podemos afirmar, categoricamente e sem a contextualização de um caso específico, que *qualquer tipo* de controle judicial estaria *fora do lugar* nessa circunstância. Desejamos ressaltar, entretanto, que – uma vez definida a solução legislativa – o simples recurso aos princípios constitucionais para a definição de uma solução *melhor* ou *mais protetiva*³⁶⁶ do direito à cultura ou da dignidade dos estudantes violaria – sim – a primeira exigência da pluralidade, que é a autolegislação democrática. Legisladores divergem entre si. Cidadãos divergem entre si. Por que razão e de que forma um juiz poderia retornar ao nível dos princípios para redefinir a escolha dos meios³⁶⁷ feita pelo legislador?

Desse modo, uma cultura do “Direito por princípios” que desconsidere a primeira exigência da pluralidade termina por fragilizar o direito ao autogoverno. Aceitar a normatividade dos princípios constitucionais não significa afirmar que eles forneçam respostas para todas as questões controversas que compõem o espaço político. O exemplo do direito à cultura é apenas um exemplo. Poderíamos experimentar hipóteses com uma série de outros direitos fundamentais que, *prima facie*, ainda estejam elaborados na forma de princípios. Se os cidadãos e os legisladores divergem

³⁶⁵ ATIENZA, Manuel e RUIZ MANERO, Juan. **Sobre principios y reglas**. Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho, núm. 10 (1991), pp. 109-110.

³⁶⁶ Esse é o problema de métodos de aplicação do Direito fundados na *maior proteção* a determinado direito fundamental. É o caso do chamado “Diálogo das Fontes”. A sua teorização afirma que esse método consiste em aplicar a norma mais favorável ao direito fundamental e – como exemplo – ao consumidor, tendo em vista os novos contextos pós-modernos. Nas palavras de Cláudia Lima Marques: “se o diálogo das fontes for usado para afastar justamente o efeito/*logos* da lei mais favorável ao consumidor, melhor repensar o caminho (método) e começar de novo, conforme a Constituição (...)”. Talvez Waldron formulasse uma objeção a esse tipo de método indicando que há um desacordo político sobre a melhor maneira de proteger direitos fundamentais e que o legislador não se preocupa apenas com aquele direito fundamental conduzido a juízo, mas com uma gama de direitos que concorrem entre si. Sobre o “Diálogo das Fontes” e sua recepção pelos tribunais brasileiros, ver MARQUES, Cláudia Lima. O “diálogo das fontes” como método da nova teoria geral do direito: um tributo à Erik Jayme. In: MARQUES, Cláudia Lima (coord.). **Diálogo das Fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 62.

³⁶⁷ Vale a advertência: se a escolha dos meios não for adequada, necessária ou proporcional à realização do fim (ver ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 2009, p.p. 167-175), surge um argumento substancial para invalidar a norma positiva, mas não para que se defina qualquer outra solução que pareça *melhor*, pressupondo-se que existam razões concorrentes. Em nosso exemplo e por razões didáticas, estamos supondo que existem diversos meios idôneos para o alcance do fim e que o debate legislativo levou em consideração esse aspecto.

razoavelmente entre si, no espaço discursivo aberto pelos princípios, uma objeção democrática deve ser justificadamente formulada contra o juiz que ingresse – monologicamente – nos meandros dessa disputa política.

Uma maneira original de apresentar o problema é articulada de modo interessante por Fernando Atria. Entre as críticas direcionadas ao controle de constitucionalidade, o autor faz algumas observações fundamentais para o argumento ora desenvolvido. Atria salienta categoricamente: as regras jurídicas têm validade não porque são corretas, mas porque são jurídicas³⁶⁸. É inútil, prossegue ele, que o juiz, ao decidir uma demanda do comprador contra o vendedor, diga que o vendedor deve fazer o que é *justo*. O dever do juiz é dar uma solução *apesar* da discordância das partes em relação ao que seria justo fazer; na verdade, ele soluciona o caso exatamente *em razão do desacordo*³⁶⁹. O mesmo serve para o legislador. É inútil que o legislador edite uma regra obrigando ao pagamento de impostos em uma quantia *justa*.

A originalidade do argumento reside essencialmente na referência à imparcialidade do juiz. E aqui a distinção entre “resolver pelo Direito” e “resolver pela justiça” fica mais evidente. Segundo Atria, “se resolver pelo Direito e resolver pela justiça fossem o mesmo, então comprador e vendedor estariam em desacordo não apenas em relação ao que cada um deve fazer, mas também em relação à qual juiz conduzir o caso”³⁷⁰. É a autonomia operacional do Direito³⁷¹ que permite que a pessoa do juiz não seja relevante para as partes.

Fernando Atria prossegue na argumentação e propõe uma distinção que, pela capacidade explicativa, dá nome a este subcapítulo. O autor distingue *conceitos* de

³⁶⁸ ATRIA, Fernando. **El Derecho y la contingencia de lo político**. Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho, núm. 26 (2003), pp. 319-347, p. 322. Isso contraria o argumento de Habermas que condiciona a validade das normas a sua legitimidade. Uma coisa seria a avaliação de um observador, tendo em conta os critérios apresentados por Habermas, para qualificar determinada ordem jurídica como *legítima* ou *ilegítima*. Outra coisa, distinta, seria afirmar a invalidade daquele sistema de normas.

³⁶⁹ ATRIA, Fernando. **El Derecho y la contingencia de lo político**, 2003, pp. 322-323. Atria deixa as coisas ainda mais claras: “el derecho no vale porque sea correcto sino vale porque es derecho. Y esto no es un defecto del derecho, es precisamente su virtud, porque es precisamente esto lo que nos permite tener derecho aun cuando estemos en desacuerdo sobre lo que es correcto”. Nota: as transcrições subsequentes desta referência, contidas no corpo do texto, são todas traduções livres elaboradas pelo autor desta dissertação.

³⁷⁰ ATRIA, Fernando. **El Derecho y la contingencia de lo político**, 2003, p. 326.

³⁷¹ Atria salienta o dever do juiz de decidir com o uso de argumentos jurídicos. ATRIA, Fernando. **El Derecho y la contingencia de lo político**, 2003, p. 326. Note-se que Luhmann, conforme já observamos neste trabalho, também afirma a autonomia operacional do Direito. Aliás, no contexto deste capítulo, vale referir que Jeremy Waldron faz referência a Niklas Luhmann no que concerne à “função” do legislador (que atribui o símbolo da validade às normas dentro de um conjunto de projeções normativas possíveis). Ver WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement**, 1999, p. 29 (nota de rodapé n. 19).

concepções. Um conceito “é uma formulação muito abstrata do conteúdo de uma ideia”³⁷². O nível de abstração do conceito o transforma em politicamente incontroverso³⁷³. Uma comunidade política, sublinha Atria (e, neste ponto, ele se aproxima do significado dos princípios constitucionais e da própria Constituição em Habermas), “se define pelo consenso sobre os conceitos”³⁷⁴. Ele exemplifica: dar a cada um o que é seu (conceito de justiça), tratar a todos com igual consideração (conceito de igualdade), direito de cada um viver como prefira (conceito de liberdade). Poderíamos acrescentar nesse rol o conceito de dignidade – não tratar os seres humanos como instrumentos. Segue, então, uma conclusão: o conflito político normal é um conflito sobre *concepções* desses conceitos³⁷⁵.

Nesse sentido, quando apelamos a um conceito (como os princípios constitucionais³⁷⁶), ficamos diante de um paradoxo: “se são normas comuns, sua aplicação imparcial não pode solucionar o conflito; se sua aplicação imparcial pode solucionar o conflito, não são normas comuns”³⁷⁷. Portanto, se compreendemos os princípios constitucionais como normas comuns, eles expressam *conceitos* e, por isso, não são capazes de adjudicar o conflito. A adjudicação do conflito depende que se desenvolva uma *concepção* (política) sobre o princípio. O problema é que “essa concepção não está na Constituição, porque a Constituição é (ou deve ser) neutra entre as diferentes concepções (*precisamente* porque é, ou deve ser, ‘nossa’, comum)”³⁷⁸.

Assim, se estamos a requerer do juiz que ele resolva (adjudique) conflitos políticos e morais com recurso aos princípios constitucionais, estamos exigindo que ele desenvolva o conteúdo do princípio com uma determinada *concepção* sobre o conceito³⁷⁹. O controverso é que, desse modo, o juiz perde a característica da imparcialidade e a sua *concepção* política passa a importar. A conclusão de Fernando Atria encerra a nossa exposição sobre o problema democrático da aplicação judicial de

³⁷² ATRIA, Fernando. **El Derecho y la contingencia de lo político**, 2003, p. 331.

³⁷³ “Ninguém é contrário aos valores!”, exclama Campilongo. Mas eles são passíveis de interpretação diante de conflitos. CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Interpretação do Direito e Movimentos Sociais**. 2012, p. 135.

³⁷⁴ ATRIA, Fernando. **El Derecho y la contingencia de lo político**, 2003, p. 331.

³⁷⁵ ATRIA, Fernando. **El Derecho y la contingencia de lo político**, 2003, p. 331.

³⁷⁶ Atria fala em “direitos fundamentais”. Neste trabalho, entendemos que os direitos fundamentais normalmente incidem na argumentação jurídica como normas do tipo “princípio” e, por isso, preferimos utilizar o termo “princípios constitucionais”.

³⁷⁷ ATRIA, Fernando. **El Derecho y la contingencia de lo político**, 2003, p. 332.

³⁷⁸ ATRIA, Fernando. **El Derecho y la contingencia de lo político**, 2003, p. 332.

³⁷⁹ ATRIA, Fernando. **El Derecho y la contingencia de lo político**, 2003, p. 332.

princípios: “o juiz pode seguir chamando-se juiz, mas agora é aliado de uma das partes. É um ativista (liberal, conservador, socialista, etc.) disfarçado de juiz”³⁸⁰.

1.3. Um exemplo: a reforma política nos tribunais

As manifestações públicas de junho, aqui já mencionadas algumas vezes para ilustrar a inevitabilidade do desacordo, exerceram influência significativa sobre os meios de comunicação e também sobre o parlamento. Se um déficit de representatividade indicava a necessidade de resposta dos representantes políticos, a Câmara dos Deputados – no mês seguinte ao ápice dos protestos – entrou em ação para elaborar um projeto de reforma política.

O presidente da Câmara convocou um grupo de trabalho para debater o tema e para construir um projeto que pudesse sanar algumas das patologias que maculam o sistema político-eleitoral. Em termos habermasianos, o ideal de um projeto de reforma política consiste no aprimoramento dos canais de comunicação da esfera pública, para que a representação se aproxime da cidadania, para que a participação política não seja apenas um enunciado retórico e, nesse sentido, para que os argumentos institucionalizados sejam captados em processos comunicativos legítimos.

O relatório do grupo de trabalho³⁸¹ salienta que mais de cento e cinquenta mil pessoas participaram dos debates por meio dos fóruns do portal *e-democracia*. O mesmo relatório informa que duas audiências públicas foram realizadas em agosto de 2013, momento em que diversos setores da sociedade civil, implicados na problemática, puderam contribuir para a construção do projeto. Note-se que o parlamento reagiu à sensação de falta de representatividade. Mais ainda: por maiores que sejam o ceticismo e a desconfiança com a atuação parlamentar, o fato é que a reação foi acompanhada da valorização de mecanismos de participação popular, além – cumpre ressaltar – da

³⁸⁰ ATRIA, Fernando. *El Derecho y la contingencia de lo político*, 2003, p. 332.

³⁸¹ O relatório pode ser encontrado no sítio oficial da Câmara dos Deputados, que registra o andamento de projetos de lei e outras proposições. Trata-se, neste caso, da Proposta de Emenda à Constituição (PEC) 352/2013, apresentada à Comissão de Constituição e Justiça em 06.11.2013. O relatório aqui mencionado e o próprio conteúdo da PEC podem ser visualizados na consulta ao inteiro teor da proposta. Disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=600023>. Último acesso em 11.02.2014.

previsão de submissão das modificações a referendo. Eis o contexto em que foi elaborada a Proposta de Emenda à Constituição 352/2013³⁸².

O que justifica a referência a esse exemplo é o fato de que o Supremo Tribunal Federal, paralelamente à deliberação empreendida no parlamento, aprecia ação³⁸³ que postula, em síntese, a declaração de inconstitucionalidade da norma que permite a doação por pessoas jurídicas a campanhas eleitorais (de candidatos e partidos), além de requerer o estabelecimento de limites às contribuições empreendidas por pessoas físicas. Esse elemento vem ao texto sem pretensão de aprofundamento, mas apenas para que se perceba que o STF está a deliberar sobre *parte* da reforma política em trâmite no Congresso Nacional e o faz, saliente-se, com recurso à incidência de princípios³⁸⁴.

Uma suposta violação ao *princípio da igualdade* constitui o principal argumento da tese de inconstitucionalidade. Nesse ponto, à luz das objeções democráticas apresentadas neste capítulo, algumas observações devem ser manejadas. Já não precisamos esmiuçar o argumento de que o parlamento *define* o conteúdo dos princípios constitucionais em circunstância de inexorável dissenso. Portanto, considerada essa premissa, se uma reforma política pretende, entre outras coisas, tornar o processo eleitoral *mais igualitário*, é preciso definir um meio “M” para o alcance do princípio. E há dissenso latente quando esse meio “M” envolve modalidades de financiamento de campanha.

O problema é que o tema da reforma política, diferentemente de nosso exemplo sobre o direito à cultura, contém uma peculiaridade que intensifica o dissenso. É que não se trata apenas de promover a igualdade com o uso do meio “M”, mas com o uso da combinação entre os meios “M”, “M₁”, “M₂”, “M₃”,... Em palavras singelas: a promoção do princípio da *igualdade* passa a depender de uma deliberação complexa,

³⁸² A PEC (até o momento da submissão desta dissertação) está em pauta na Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania, e propõe, entre vários outros pontos, modificar o sistema eleitoral e de coligações, dispor sobre o financiamento de campanhas eleitorais, estabelecer cláusulas de desempenho para candidatos e partidos.

³⁸³ Trata-se da ADI 4650, ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Até a submissão deste trabalho, a votação estava paralisada em virtude do pedido de vista do Ministro Teori Zavascki; porém, com resultado parcial favorável à tese da OAB. A íntegra da petição inicial pode ser visualizada na consulta ao processo eletrônico, no sítio do Supremo Tribunal Federal. Como referência, vale citar notícia do próprio Tribunal, que permite acesso ao andamento do feito e aponta os principais argumentos suscitados pelo Ministro Luís Roberto Barroso. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=255924>. Acesso em 11.02.2014.

³⁸⁴ É o que se desprende da consulta ao conteúdo referido na nota anterior. A argumentação jurídica passa pelo recurso a uma gama de princípios, entre eles, o da *igualdade*.

em que a inevitabilidade do dissenso exige uma solução *democrática* fundada no compromisso. Aliás, a *justificação* da PEC 352/2013 ilustra essa ideia com singular transparência, ao consignar que “não se trata, possivelmente, da proposta preferida por nenhum dos membros do grupo”³⁸⁵.

É nesse contexto que surgem algumas indagações. Teria a Constituição efetivamente *algo a dizer* sobre modalidades de financiamento de campanha? Eventual aplicação do princípio da *igualdade* para invalidar a possibilidade da doação mencionada consideraria a diversidade e complexidade dos meios elegíveis para a promoção do princípio? Ou, de modo mais singelo: o princípio da *igualdade* não poderia ser alcançado, e até mais adequadamente realizado, com a articulação de outros meios que diminuíssem o alegado prejuízo à *igualdade* causado pelo financiamento privado? Eventual alternativa de financiamento público, a depender do critério utilizado, não poderia também violar princípios constitucionais³⁸⁶?

Essas questões não precisam ser respondidas aqui. Elas, no entanto, constroem uma advertência importante. Em uma sociedade funcionalmente diferenciada, que abriga distintas *concepções* sobre a igualdade política, é uma exigência democrática que os indivíduos afetados sejam tratados com igual respeito na articulação de suas razões e, portanto, que tenham o direito de levá-las a público³⁸⁷. Se a Corte, amparada por um suporte principiológico que lhe permite adjudicar conflitos morais e políticos, retira da deliberação pública aquilo que deveria ser decidido pelos participantes da comunidade, já não protege as liberdades comunicativas, mas as *vulnera*.

2. PRINCÍPIOS E A SEGUNDA EXIGÊNCIA DA PLURALIDADE

Constatamos, ao investigar as exigências da pluralidade, que o Direito desempenha uma função importante em sociedades complexas: *a de estabilizar expectativas normativas de comportamento*. Essa função, como vimos, assenta-se em

³⁸⁵ Consulte-se o inteiro teor da justificação da proposta no mesmo endereço eletrônico referido para consulta ao texto da PEC.

³⁸⁶ Os legisladores dispõem de diversos meios para diminuir os custos de campanha, para tornar mais próximo o eleitor do candidato, para fortalecer os partidos, para ampliar os mecanismos de participação. Embora haja projeções, a garantia de êxito é inexistente. Nesse bojo, como há desacordo no mérito e como cada parlamentar concebe de maneira distinta os *princípios* subjacentes às regras submetidas à discussão, em geral a resolução desse dissenso envolve a adoção de um procedimento de votação que tem como base um texto cujo teor (observe-se a PEC 352/2013) não é fruto do consenso, mas do compromisso.

³⁸⁷ HABERMAS, Jürgen. **Introduction**. Ratio Juris. Vol. 12, n. 04, December 1999 (329-335), p. 334.

algumas justificativas e, entre elas, no fato de que as inúmeras comunicações dispersas na sociedade indicam a presença de incontáveis expectativas cognitivas, desestruturadas e que – se mantidas assim – não permitem que os indivíduos orientem normativamente as suas ações, porque seriam (os indivíduos) incapazes de antecipar expectativas sobre o comportamento. *Tudo, portanto, seria possível.*

Se essa estabilização é a função primordial do Direito – e verificamos que Luhmann afirma que é –, ela passa a depender do desenvolvimento de algumas propriedades, o que demanda especial atenção aos elementos internos do sistema. Nesse sentido, observar as operações jurídicas torna-se útil para constatar *se e como* a reprodução sistêmica contribui para a consecução da estabilização normativa. Olhar para dentro do sistema é importante para indagar – e este é o nosso objetivo neste momento – se há algum elemento que *possa comprometer* o adequado desenvolvimento da função do Direito.

É nesse contexto que apreciaremos a problemática dos princípios constitucionais. Seria o “Direito por princípios” capaz de preencher a segunda exigência da pluralidade? O que significa – desta vez no campo funcional – transferir para a esfera dos princípios a adjudicação dos conflitos morais e políticos? *Quantas e de que tipo* são as expectativas projetadas a partir de princípios? Seriam diferentes as expectativas em torno das regras? Que espécie de função as regras e os princípios cumprem e como elas influenciam na realização da função principal do Direito?

Com o objetivo de responder satisfatoriamente a essas perguntas, dividimos o capítulo em três partes. A primeira é destinada a um breve estudo do significado da Constituição em Luhmann e, ainda, do papel das regras e dos princípios nessa seara. Em um segundo momento, passamos à *problematização* central, na tentativa de demonstrar a distorção funcional que o uso dos princípios pode causar. Em um terceiro passo, faremos algumas indagações sobre a *objetividade* da técnica da ponderação como meio para aplicar princípios.

2.1. Diferenciação interna do sistema jurídico: entre princípios e regras

Luhmann compreende que da afirmação da “pura função” do Direito não resulta que o sistema proceda ao fechamento operacional e se reproduza autopoieticamente.

Para tanto, diz o autor, “requer-se outras evoluções estruturais muito específicas”³⁸⁸. Estas seriam a *codificação* e a *programação*. Já tratamos desses dois conceitos em momento anterior. Importa, por ora, afirmar algo mais.

Se a reprodução autopoietica e o fechamento operacional dependem tanto da codificação como da *programação* (condicional) e, ademais, se tudo isso está relacionado à função do Direito, disso se segue que o elemento “programação condicional” é essencial – não apenas para a autopoiese (como claramente afirma Luhmann) – mas também para o desempenho da função estabilizadora de expectativas normativas. Se essa suposição está correta, e se posicionamos *princípios* e *regras* dentro da ideia de programação condicional, observar as operações que ocorrem *a partir e com base* na programação (norma) é sobremaneira relevante para avaliar o alcance da função.

É exatamente esta a nossa abordagem. Entendemos, com suporte em Marcelo Neves, que princípios e regras resultam de uma diferenciação interna do sistema jurídico³⁸⁹. Para compreendê-los, e como estamos tratando de princípios constitucionais, devemos recorrer – antes – a alguns apontamentos sobre o significado da Constituição em Luhmann.

2.1.1. Os princípios e o significado da Constituição em Luhmann

No início deste capítulo, advertimos que a nossa investigação, considerando a positivação de uma série de princípios na era do constitucionalismo contemporâneo, estaria centrada nos *princípios constitucionais*. Portanto, não se trata de uma preocupação com os princípios que a doutrina “inventa”³⁹⁰, mas com a aplicação dos princípios cuja normatividade é atribuída pela Constituição. A positivação dos

³⁸⁸ LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**, 2005, p. 221 (tradução nossa).

³⁸⁹ NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais**. São Paulo: Martins Fontes, 2013, p. 112.

³⁹⁰ Fenômeno que Lenio Streck – com acerto crítico – chama de “panprincipiologismo”. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. 2011, p. 517. Esses princípios construídos pela doutrina (ao menos as várias dezenas elencadas por Streck) servem mais como mecanismo justificatório para fundamentar algum elemento que se considera basilar para áreas específicas da dogmática. Não têm, contudo, normatividade e, assim, não se confundem com os princípios constitucionais.

princípios é salientada por Luhmann em sentido mais forte. Para ele, a relevância dos princípios surge com a sua positivação constitucional³⁹¹.

A Constituição, em Luhmann, possibilita e regula o *acoplamento estrutural*³⁹² entre política e Direito. Trata-se de uma forma de explicar – no paradigma da teoria dos sistemas – as relações e influências recíprocas entre o Direito e a política no Estado Constitucional. O acoplamento estrutural é uma forma, uma *distinção* que facilita a influência do ambiente sobre o sistema³⁹³. Note-se, ao lembrarmos os conceitos luhmannianos, que a política é um sistema e, precisamente por isso, é também ambiente para o Direito, que, por sua vez, é ambiente para a política. Ambos se “irritam”.

A “irritação” não supõe uma qualidade *negativa*, mas apenas uma maneira de demonstrar influência recíproca e, ao mesmo tempo, autonomia operacional. Política e Direito (existem outras formas de acoplamentos estruturais) continuam sendo sistemas que se reproduzem a partir de seus próprios elementos, com fechamento operacional e abertura cognitiva. Nesse sentido, “os acoplamentos estruturais nunca introduzem normas do entorno no sistema jurídico, mas apenas provocam irritação”³⁹⁴. As “normas” da política apenas ingressam no sistema jurídico por meio de uma *seleção* ancorada no código conforme/não conforme ao Direito, por meio da atribuição do sinal de *validade*. Irritam-se, mas não se confundem; e isso é essencial para as democracias constitucionais.

A Constituição delimita o modo pelo qual as decisões políticas podem ser registradas com o código do Direito e, do ponto de vista recíproco, dispõe sobre as possibilidades de uso das formas jurídicas para a consecução de objetivos políticos³⁹⁵. É no seio desse mecanismo de pressuposição mútua que “suscitar uma modificação jurídica é fazer política”³⁹⁶. É assim que a democracia se torna possível³⁹⁷. Em outras palavras, com a contingência do direito positivo, isto é, com a possibilidade

³⁹¹ LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**, 2005, p. 86. Luhmann afirma que o que antes poderia ser visto como “extrajurídico”, hoje está positivado nas Constituições. Sem esse processo, princípios não seriam reconhecidos como normas.

³⁹² Para uma definição mais precisa de acoplamento estrutural, ver LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Trad. Javier Torres Nafarrate. Ciudad de México: Herder, 2006, pp. 74-77.

³⁹³ LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**, 2005, p. 508-509.

³⁹⁴ LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**, 2005, p. 513 (tradução nossa).

³⁹⁵ LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**, 2005, p. 541.

³⁹⁶ LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**, 2005, p. 550.

³⁹⁷ LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**, 2005, p. 541.

modificação das normas jurídicas por meio da política, a democracia se converte em um projeto realizável.

Mas Luhmann não deixa as coisas apenas no campo dessa interessante descrição. Ele também concebe a Constituição como um documento pluralista, ou seja, como norma que aceita distintas concepções e visões políticas. E isso é particularmente importante para o contexto da nossa argumentação. A Constituição não se inclina, pois, para *um* valor específico, tampouco *densifica* seus conceitos com *concepções* desses conceitos. Luhmann é contundente e nos faz recordar as anteriores lições de Waldron e Atria com a seguinte constatação: “no texto (constitucional) se encontra uma pluralidade de valores diferentes, sem que haja qualquer regra consistente para dirimi-los”³⁹⁸.

Luhmann exemplifica: “pense-se na liberdade e na igualdade”³⁹⁹. *Liberdade e igualdade* são princípios constitucionais e há uma série de divergências legítimas sobre as posturas que correspondem a sua realização. É o que Marcelo Neves chama de “conflito intraprincípio”⁴⁰⁰; isto é, uma controvérsia sobre o conteúdo, sobre a maneira de *ler* o princípio. Nessa linha, a Constituição, que dota de positividade (em nível constitucional) princípios que provocam divergências sobre a sua aplicação, pressupõe a existência de um sistema jurídico que se ocupe desses conflitos⁴⁰¹. Como são os próprios princípios que “originam” a controvérsia, recorrer a eles para resolvê-la é pouco útil. Daí a necessidade de selecionar, a partir do campo da política, *leituras válidas* sobre os princípios, isto é, leituras que possam receber o símbolo da *validade* jurídica.

É nesse sentido que Neves salienta que os princípios tornam a complexidade *estruturável*⁴⁰². A sua consolidação constitucional “filtra” os distintos valores e interesses dispersos no ambiente. A complexidade desestruturada, com incontáveis possibilidades, passa – já na dimensão dos princípios – a uma complexidade estruturável, mas (conforme dito no parágrafo anterior) ainda incapaz de propiciar a adjudicação dos conflitos que envolvem visões distintas sobre o conteúdo dos

³⁹⁸ LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**, 2005, p. 153.

³⁹⁹ LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**, 2005, p. 153.

⁴⁰⁰ NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules**, 2013, p. 165.

⁴⁰¹ “O Direito se ocupa precisamente dos conflitos entre valores” (tradução nossa). LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**, 2005, p. 564.

⁴⁰² NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules**, 2013, p. 119.

princípios. Isso apenas seria possível no nível da complexidade estruturada: no nível das regras. Uma conclusão, portanto, impõe-se: os princípios abrigam, garantem e absorvem o dissenso⁴⁰³ e é exatamente por isso que não são aptos a resolvê-lo.

Essa característica é indispensável para que seja preservada a diferenciação funcional. Se em Habermas os princípios constitucionais têm uma função vinculada à manutenção e garantia das liberdades comunicativas, em Luhmann o “perigo” não reside na supressão da deliberação pública, mas na possibilidade de “desdiferenciação”. É nessa perspectiva que Marcelo Neves ressalta a *afinidade* entre os princípios e os direitos fundamentais⁴⁰⁴. Luhmann compreende os direitos fundamentais como um efeito da diferenciação funcional⁴⁰⁵. A garantia constitucional de liberdades econômicas, direito ao trabalho, liberdades religiosas, artísticas, entre tantos outros direitos fundamentais, corresponde à necessidade de preservação da diferenciação funcional da sociedade moderna⁴⁰⁶.

Daí a possibilidade de compreender os princípios constitucionais – no horizonte luhmanniano – como normas indispensáveis para a garantia da adequação social do Direito⁴⁰⁷, para a manutenção da diferenciação funcional que marca sociedades plurais. É também nessa perspectiva que os princípios, com esse atributo normativo, posicionam-se em um nível reflexivo, servem de justificação para as regras jurídicas. No entanto, e isto é central para a sequência de nosso estudo, a sua concretização segue sendo objeto de dissenso, a complexidade no nível dos princípios segue apenas *estruturável* e, ademais, eles ainda atraem um número elevado (e pouco orientado) de expectativas normativas de comportamento.

2.1.2. Regras jurídicas e a complexidade estruturada

Princípios e regras podem ser observados como elementos da ideia luhmanniana de programação condicional. Os programas devem ser adequados para dar instruções sobre *que* valores recebem o código “conforme/não conforme o Direito”. E esses programas devem, ainda, ser adequados para manter “estáveis as expectativas

⁴⁰³ NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules**, 2013, p. 98.

⁴⁰⁴ NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules**. 2013, p. 143.

⁴⁰⁵ LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**, 2005, p. 172.

⁴⁰⁶ NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules**, 2013, p. 143.

⁴⁰⁷ NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules**, 2013, p. 170.

normativas”⁴⁰⁸. A programação dá conteúdo à codificação⁴⁰⁹. Isso significa que, no processo de adjudicação dos valores, há a decisão por um determinado sentido, por um determinado caminho, excluindo-se outros⁴¹⁰. Isso reduz a complexidade, as incontáveis possibilidades dispersas no entorno.

A programação estrutura-se na forma condicional (Se “A”, então “B”). No âmbito dos princípios, essa relação entre antecedente e conseqüente é ampla, abre-se a muitas possibilidades. Já no espaço das regras, essa relação é mais estrita, já que as regras oferecem critérios definitivos para a solução do caso⁴¹¹ – elas têm uma *pretensão de definitividade* que os princípios não possuem⁴¹². Assim, os programas formulados como regras permitem que o aplicador observe *que fatos* são relevantes ou não para a programação, *que circunstâncias* “caem” no campo de aplicação da norma.

E desde o abandono do positivismo exegético do século XIX já não é mais novidade que a norma⁴¹³ é incapaz de determinar completamente a decisão judicial, pois não capta – de antemão – todas as possibilidades de aplicação futuras⁴¹⁴. Por isso, a interpretação é inexorável e, ao selecionar sentidos, contribui para a redução da complexidade⁴¹⁵. Se o texto normativo não contém todas as respostas, tem razão Luhmann ao afirmar que “a interpretação é sempre a produção de mais texto”⁴¹⁶.

⁴⁰⁸ LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**, 2005, p. 252.

⁴⁰⁹ LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**, 2005, p. 263.

⁴¹⁰ LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**, 2005, p. 241.

⁴¹¹ NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules**, 2013, p. 123-125.

⁴¹² Robert Alexy explica essa diferença afirmando que princípios têm caráter *prima facie* e as regras um caráter *definitivo*. Inclusive, no seu esquema de aplicação de princípios por meio de ponderação, é necessário que da ponderação surja uma regra que possibilite a resolução do caso. Ver ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**, 2008, p. 96. Essa nos parece uma explicação satisfatória para entender a relação entre regras e princípios. Contudo, disso não se segue – necessariamente – que a técnica da ponderação seja a proposta mais adequada para passar do nível dos princípios ao nível das regras.

⁴¹³ Para Guastini, texto e norma são coisas distintas. Esta é o resultado da interpretação daquele. GUASTINI, Riccardo. **Das Fontes às Normas**. Trad. Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 24.

⁴¹⁴ Nas palavras de Kelsen: “a teoria usual da interpretação quer fazer crer que a lei, aplicada ao caso concreto, poderia fornecer, em todas as hipóteses, apenas uma única solução correta (ajustada), e que a ‘justeza’ (correção) jurídico-positiva desta decisão é fundada na própria lei. Configura o processo desta interpretação como se se tratasse tão-somente de um ato intelectual de clarificação e de compreensão, como se o órgão aplicador do Direito apenas tivesse que pôr em ação o seu entendimento (razão), mas não a sua vontade, e como se, através de uma pura atividade de intelecto, pudesse realizar-se, entre as possibilidades que se apresentam, uma escolha correspondente ao Direito positivo, uma escolha correta (justa) no sentido do Direito positivo”. KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 391.

⁴¹⁵ CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Interpretação do Direito e Movimentos Sociais**. 2012, p. 140.

⁴¹⁶ LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**, 2005, p. 403.

Mas isso não deve levar ao engano de que *tudo seja possível*. Luhmann leva o texto a sério e sublinha que interpretar e argumentar são atividades dependentes, antes, da existência do texto⁴¹⁷. A regra jurídica, cuja definitividade a diferencia dos princípios, constrange o aplicador a considerar as propriedades selecionadas pelo programa condicional⁴¹⁸. Assevera Luhmann: “a forma escrita não garante em absoluto os limites da ousadia do intérprete, mas garante a *unidade do contexto social de um episódio comunicativo*”⁴¹⁹. Diante disso, podemos concluir que a regra jurídica, ainda que não determine a decisão, *delimita a informação, seleciona o que é juridicamente relevante* e, por isso, permite a passagem de uma complexidade estruturável para uma complexidade estruturada⁴²⁰.

Assim, já em um cenário de complexidade estruturada, podemos apontar – com base em Alexander e Sherwin – que as regras destinam-se a resolver basicamente três problemas das sociedades plurais: *coordenação, expertise e eficiência*⁴²¹. Problemas de coordenação envolvem uma relação direta com o *fato do dissenso* entre os membros da comunidade. Há inúmeros casos em que as pessoas precisam de uma decisão comum, mas há incerteza sobre como todos os demais entendem que devam agir. Os custos de deliberação caso a caso seriam muito altos se não existissem regras para facilitar a coordenação e compensar esses custos⁴²². Entre os três problemas elencados, este sem dúvida é o mais relevante para a estabilização de expectativas normativas.

Algumas regras de trânsito, por exemplo, destinam-se a resolver problemas de coordenação aos quais não subjaz qualquer conteúdo moral. O *valor* da regra “dirija pela direita” não está no fato de que dirigir pela direita seja algo em si *desejável*. O que a comunidade considera importante é que *exista* uma regra que *coordene* as ações no trânsito e o valor dela reside exatamente na sua existência, na sua *forma*, não precisamente no conteúdo que ela prescreve⁴²³. Claro que há regras (como as que detalham as circunstâncias em que há estupro, a idade de consentimento, etc.) que

⁴¹⁷ LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**, 2005, p. 403.

⁴¹⁸ CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Interpretação do Direito e Movimentos Sociais**. 2012, p. 164.

⁴¹⁹ LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**, 2005, p. 428 (tradução nossa). O autor prossegue afirmando que a interpretação fortalece o contexto e que a argumentação deve propor uma decisão acerca do que é conforme ou não ao Direito.

⁴²⁰ NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules**, 2013, p. 119.

⁴²¹ ALEXANDER, Larry e SHERWIN, Emily. **The Rule of Rules: morality, rules & the dilemmas of law**. Durham and London: Duke University Press, 2001, p. 14.

⁴²² SHAPIRO, Scott J. **Legality**, 2011, p. 122.

⁴²³ BAYÓN, Juan Carlos. **La Normatividad del Derecho**, 1991, p. 319.

resolvem problemas de coordenação vinculados a questões morais. O mais importante, contudo, é o *valor instrumental*⁴²⁴ da regra, que, ao compensar custos de deliberação, favorece a ação coletiva.

Os problemas de *expertise* têm relação com a falta de conhecimento sobre determinado tema. Às vezes, há razões para permitir que alguém decida por nós sobre certo ponto em que há grandes chances de nossas decisões resultarem equivocadas⁴²⁵. A regra, nesses casos, reduz a possibilidade de erro. Por fim, conforme já adiantamos ao apresentar os problemas de coordenação, as regras reduzem custos. Em situações de tráfego intenso, uma norma que enuncie “velocidade máxima de 60 km/h” é mais *eficiente* que uma norma que disponha “dirija com cuidado”. É justamente porque as pessoas não sabem o que os outros entendem por “cuidado” que a presença da regra se relaciona, ao mesmo tempo, com a coordenação e com a eficiência.

As regras, no entanto, também podem ocasionar inúmeros problemas. Elas, de fato, *reduzem* complexidade, mas também *produzem* complexidade. Há regras cujo texto normativo inclui mais elementos do que deveria incluir (*over-inclusiveness*) e regras cujo campo de aplicação é insuficiente para captar situações que, à luz das razões subjacentes às regras, deveriam ter sido incluídas (*under-inclusiveness*)⁴²⁶. Esses são problemas que se relacionam às generalizações probabilísticas correspondentes às regras e, ademais, à questão da “textura aberta” do Direito⁴²⁷. Trata-se daquilo que já afirmamos linhas atrás: as normas jurídicas não descrevem – antecipadamente – todas as possibilidades de sua aplicação e, muitas vezes, podem conduzir a resultados insatisfatórios⁴²⁸.

No seio de todas essas características, o essencial é assinalar que as regras cumprem a função de traduzir o conteúdo dos princípios para uma linguagem que possa

⁴²⁴ SCHAUER, Frederick. **Playing by the rules**: a philosophical examination of rule-based decision-making in law and life. Oxford: Clarendon Press, 1991, p. 166.

⁴²⁵ ALEXANDER, Larry e SHERWIN, Emily. **The Rule of Rules**, 2001, p. 15. Este é um problema mais voltado para juízos normalmente práticos e que sequer contam com as razões auxiliares fornecidas pelas regras jurídicas. Deixar que profissionais especializados, por exemplo, decidam por nós em temas que nos são desconhecidos, seguramente é uma decisão mais racional e diminui as chances de erros.

⁴²⁶ SCHAUER, Frederick. **Playing by the rules**, 1991, pp. 31-33.

⁴²⁷ SCHAUER, Frederick. **Playing by the rules**, 1991, pp. 33-34.

⁴²⁸ Há algumas controvérsias – contudo – sobre a solução mais adequada para resolver esses problemas. Essas controvérsias podem ser resumidas na disputa entre posições “generalistas” (ou formalistas) e posições “particularistas”. Para uma crítica à saída particularista, que se apegua às justificações subjacentes para sanar os vícios das generalizações, ver LAPORTA, Francisco J. **El imperio de la ley**, 2007, pp. 120-121.

ser compreendida por pessoas que – antes da edição da regra – discordam sobre o significado e alcance do princípio, pois divergem em termos morais e políticos⁴²⁹. Em sociedades funcionalmente diferenciadas, complexas, repletas de possibilidades, a vigência de regras positivas é uma imposição ainda mais latente⁴³⁰, pois elas se convertem em *condição necessária* para o desenvolvimento da autonomia individual⁴³¹.

Há relação intrínseca entre a consolidação da autonomia e a função jurídica de estabilizar expectativas normativas de comportamento. A redução da complexidade operada apenas no nível dos princípios não é capaz de criar um contexto no qual os participantes da comunidade possam orientar normativamente suas condutas, possam antecipar suas expectativas. A complexidade tem de ser ainda mais reduzida por meio da programação condicional na forma de regras. Apenas nesse nível estruturado das regras (que é condição necessária, mas não suficiente para um sistema justo⁴³²) os indivíduos podem planejar as suas ações e, assim, realizar com algum grau de segurança os seus planos de vida.

É por isso que pensar as regras como um *formalismo sem substância* é equivocado⁴³³. Na linha de Scott Shapiro, que concebe as regras como planos e as posiciona no marco de sociedades plurais, as regras trazem uma série de benefícios para esse tipo de sociedade, pois permitem: (1) o cálculo das ações para evitar conflitos; (2) a previsão de escolhas erradas; (3) a coordenação dos comportamentos; (4) a diminuição dos custos das negociações e deliberações; (5) a resolução das controvérsias morais da sociedade⁴³⁴. E todo esse conjunto de elementos favorece, ainda, o *respeito entre os participantes da comunidade*⁴³⁵, que não têm de lidar com a permanência e constância de conflitos que tornariam inviável a perseguição de fins pessoais.

2.2. O problema funcional: sobre o perigo da desestabilização

Retomemos o exemplo do *direito à cultura*, que balizou nossa argumentação quando abordávamos o problema democrático do “Direito por princípios”. Observamos

⁴²⁹ ALEXANDER, Larry e SHERWIN, Emily. **The Rule of Rules**, 2001, p. 54.

⁴³⁰ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**, 1983, pp. 105-106.

⁴³¹ LAPORTA, Francisco J. **El imperio de la ley**, 2007, p. 84.

⁴³² LAPORTA, Francisco J. **El imperio de la ley**, 2007, p. 218.

⁴³³ Ver SCHAUER, Frederick. **Formalism**. The Yale Law Journal, Vol. 97, n. 04 (Mar., 1988), pp. 509-548.

⁴³⁴ SHAPIRO, Scott J. **Legality**, 2011, pp. 151-153.

⁴³⁵ SHAPIRO, Scott J. **Legality**, 2011, p. 153.

que uma argumentação fundada em princípios esbarra na circunstância do desacordo e no fato de que esse desacordo *justifica e funda* a deliberação política. Imaginamos, ainda, um cenário em que representantes discutiriam a forma mais adequada de garantir a estudantes o acesso à cultura e, no contexto dessa deliberação, percebemos que cada parlamentar poderia acrescentar ao debate novos argumentos e que, ao fim, o resultado do processo seria um texto de compromisso. E assim ficaria a norma: os estudantes têm direito a 30% de desconto na compra de ingressos para teatro, cinema e museus.

Problemas interpretativos relacionados à “textura” da linguagem poderiam suscitar controvérsias. A concretude dos casos poderia indicar dúvidas na compreensão do significado de determinadas palavras. Mas esse não é o ponto. O importante é perceber que a construção da norma na forma de *regra* reduz a complexidade que, no nível constitucional, habitava a *norma-princípio*. Isso é particularmente relevante para o preenchimento da função de estabilização de expectativas normativas de comportamento.

Se compreendermos o “direito à cultura” como uma norma-princípio e a formulação “estudantes têm direito a 30% de desconto na compra de ingressos para teatro, cinema e museus” como uma norma-regra, confirmaremos que há, entre as duas, uma diferença significativa no que concerne às expectativas. *O “mundo dos princípios” abriga uma infinidade de expectativas normativas*: basta verificar as possibilidades de concretização da norma-princípio ilustradas pelas propostas dos parlamentares. *O “mundo das regras” abriga possibilidades expectáveis muito mais restritas*. Os estudantes agora conhecem o percentual a que têm direito e a que lugares eles estão autorizados normativamente a gozar do desconto. A informação está selecionada e as operações jurídicas devem dela partir.

Observemos um exemplo semelhante, mas da prática judicial brasileira. A nossa Constituição confere *status* peculiar à pessoa com deficiência⁴³⁶. Porém – já sabemos – há dissenso sobre a escolha legislativa dos meios para favorecer a inclusão do deficiente

⁴³⁶ Há proibição de discriminação nas relações de trabalho (art. 7º, XXXI), definição de competência comum para a proteção da saúde do deficiente (art. 23, II), mandamento ao legislador para reserva de vagas em cargos públicos (art. 37, VIII), determinação para a adoção de medidas sociais que visem à integração do deficiente à comunidade (art. 203, IV), garantia de atendimento educacional especializado (art. 208, III). Há um conjunto de normas constitucionais que visam a efetivar, em relação à pessoa com deficiência, o princípio da dignidade humana (art. 1º, III) e o princípio da igualdade (art. 5º, *caput*). Poucas dessas normas têm a densidade de uma regra, constituem mandamentos definitivos. Em geral, são princípios que determinam a criação de políticas sociais.

na sociedade, para que o par *dignidade/igualdade* seja, na peculiaridade do deficiente, efetivado. Lembremos que, na descrição da sociedade plural, o fenômeno da multiplicação/especificação dos direitos do homem é um traço distintivo da contemporaneidade. A questão é que a política não se esgota nesse reconhecimento. E, a considerar a segurança das expectativas e o exemplo que ora analisamos, as pessoas com deficiência têm de saber a que, em concreto, elas têm direito.

Alguns Estados, como São Paulo e Rio Grande do Sul, exercendo sua competência tributária, criaram regra de isenção (para ICMS) que pode ser assim sintetizada: estão isentas as saídas de “veículos automotores, de uso terrestre e de fabricação nacional ou estrangeira, *adaptados* às necessidades de seus adquirentes, em razão de deficiência física ou paraplegia (...)”⁴³⁷. Essa regra também reduz a complexidade do nível dos princípios, pois *seleciona* informações que passam a constar do programa condicional. Uma dessas informações consiste no requisito de adaptação: a isenção é destinada à compra de veículos *adaptados*.

A controvérsia surge quando os tribunais – com uma argumentação baseada em princípios – passam a excluir a exigência de adaptação do veículo, o que resulta na concessão da isenção a pessoas com síndrome de down, graves deficiências mentais, impedimentos visuais, que não necessitam de qualquer adaptação no automóvel. E os tribunais têm justificado essas decisões aduzindo que o objetivo da regra é “a inclusão social dos portadores de deficiências, facilitando-lhes a aquisição de veículos para a sua locomoção”⁴³⁸. Em outras palavras, como é preciso fazer incidir caso a caso a *dignidade humana* das pessoas com deficiência, a restrição seria indevida. Note-se que essa construção ainda *supera/derrota* a regra do art. 111, II, do Código Tributário Nacional, que fixa o método literal para a interpretação de normas de isenção.

⁴³⁷ Trata-se do art. 55, I, “c”, da Lei Estadual n. 8.820/89. É importante mencionar que houve alterações recentes no Regulamento do ICMS no Estado do Rio Grande do Sul. Contudo, a Lei Estadual, norma primária, não sofreu qualquer modificação, mantendo-se a exigência de adaptação dos veículos. No Estado de São Paulo, trata-se da Lei Estadual n. 6.606/89, art. 9º, VIII (para o ICMS) e da Lei Estadual n. 13.926/2008, art. 13, III, para o IPVA. Quanto ao IPVA, tanto para São Paulo quanto para Rio Grande do Sul (Decreto Estadual n. 32.144/85, art. 4º, VI), as regras exigem o mesmo requisito de adaptação, de modo que se mostra desnecessário reproduzi-las no corpo do trabalho. Advirta-se: ainda que alterações legislativas possam sobrevir, o que nos interessa aqui é a forma de aplicação judicial, a argumentação articulada pelos tribunais. Além disso, trata-se de demanda que os Tribunais de Justiça de São Paulo e do Rio Grande do Sul seguem julgando corriqueiramente.

⁴³⁸ TRIBUNAL DE JUSTIÇA/SP. 3ª Câmara de Direito Público. Apelação n. 0000563 – 15.2012.8.26.0344. Relatora: Marrey Uint. Julgado em 25.06.2013. Ver, no mesmo sentido, TRIBUNAL DE JUSTIÇA/SP. 9ª Câmara de Direito Público. Agravo de Instrumento n. 0102977-56.2012.8.26.0000. Relator: Sergio Gomes. Julgado em 29.08.2012.

Vale transcrever trecho da fundamentação:

[...] Pois no campo da interpretação da lei o formalismo jurídico vem cedendo espaço; tanto a doutrina quanto a jurisprudência pouco a pouco, passo a passo, vêm prestigiando os princípios como padrões valiosos de interpretação e aplicação das normas jurídicas, inserindo-os no centro de uma nova concepção do Direito a que Luiz Roberto Barroso chama de pós-positivista⁴³⁹.

Não queremos nos aprofundar em demasia no exemplo. Esse trecho nos soa autoexplicativo. Esperamos que neste momento já seja possível antecipar *que crítica* deveria ser direcionada a essa postura argumentativa. Deixemos, contudo, algo assentado. Essa regra de isenção evidentemente tem uma justificação principiológica. Todos já sabíamos que a finalidade da regra consiste em concretizar o par *igualdade/dignidade* em consideração à peculiaridade do deficiente. É regra para incluir⁴⁴⁰. Todavia, a distorção funcional consiste na reabertura do conflito que a regra estabilizou, em um retorno aos princípios para redefinir a solução, para selecionar uma possibilidade *não ativada*⁴⁴¹. É o que Shapiro, utilizando-se de uma metáfora, chama de “reinfectar o paciente depois de sanada a enfermidade”⁴⁴².

Há razões para pensarmos que articular uma objeção funcional é importante e que o emprego dos princípios *em desconsideração* às exigências da pluralidade não é – ao menos no caso brasileiro – uma exclusividade da jurisdição constitucional. Juízes e tribunais ordinários aplicam princípios no dia a dia. Não os posicionam simplesmente como referência reflexiva, como fundamento para as regras e *sequer* como razões para a abertura fundamentada de exceções implícitas. Princípios não raro atuam como *corregedores* das regras.

Uma vez que essa *correção* se materializa sem a observância às exigências da pluralidade, dela resulta uma distorção funcional preocupante: se o *constrangimento* provocado pela *forma* das regras já se abre a inevitáveis conformações por parte do aplicador, o que seria uma virtude do Direito, transpor a solução de casos singulares para o nível dos princípios transforma a virtude em *disfunção*. Na medida em que a

⁴³⁹ TRIBUNAL DE JUSTIÇA/RS. 21ª Câmara Cível. Apelação Cível n. 70036086791. Relator: Marco Aurélio Heinz. Julgado em 01.12.2010.

⁴⁴⁰ Não desejamos ingressar em juízos particularistas probabilísticos. Mas uma regra de isenção para deficientes que exija o requisito de adaptação para veículos poderia ter tranquilamente a seguinte razão subjacente: como adaptar o veículo impõe um custo adicional ao deficiente, retirar o imposto desse cálculo iguala os desiguais, facilita a aquisição de quem tinha como único obstáculo a deficiência. Ela pode, ainda, ser fruto de um compromisso entre legisladores.

⁴⁴¹ CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Interpretação do Direito e Movimentos Sociais**, 2012, p. 68.

⁴⁴² SHAPIRO, Scott J. **Legality**, 2011, p. 310.

controvérsia fática regulada passa a ser resolvida com recurso a princípios *corregedores* dessa regulação, reabre-se a estrutura da complexidade; ou melhor, desestrutura-se a complexidade.

No “mundo dos princípios”, o aplicador tem – agora – inúmeras possibilidades, lida com informações sem seleção e define a solução *sem a forma que antes o constrangia*. O “Direito por princípios” não permite que o juiz se frustre⁴⁴³. O abuso principiológico “tende a bloquear a consistência jurídica, dissolvendo o direito amorfamente em seu ambiente”⁴⁴⁴. É nesse sentido que essa postura *pode*, se consolidada em perspectiva extrema, conduzir à desestabilização das expectativas normativas de comportamento⁴⁴⁵, o que viola a segunda exigência da pluralidade.

2.3. Um exemplo e uma pergunta: e se ponderarmos?

Uma objeção ao argumento que acabamos de expor – sobre o “perigo da desestabilização” em razão do (mau) uso de princípios – poderia recorrer a um método, a uma fórmula que apresentasse *a* solução racional para o problema que expusemos. Tratar-se-ia de uma fórmula que, obviamente se bem manejada, traria *objetividade* a uma argumentação fundada em princípios e justificaria, assim, essa postura *corregedora* da qual falamos. Uma objeção às nossas advertências ao “Direito por princípios” poderia, portanto, invocar o *método da ponderação* e a *fórmula do peso*.

Trata-se da proposta elaborada por Robert Alexy para viabilizar uma aplicação racional e argumentativamente controlável dos princípios constitucionais. Essa proposta é recomendada para a resolução de conflitos entre princípios: tanto para conflitos “puros” como para conflitos obscurecidos pela presença de uma regra; ou seja, tanto para a colisão *princípio-princípio* como para a colisão *princípio-princípio que está por trás da regra*. Como o nosso problema é com a estabilização de expectativas normativas e com certa *transitoriedade* da regra diante do princípio, é natural que nos desperte particular atenção o segundo tipo de colisão: porque essa colisão ocorre entre um

⁴⁴³ SCHAUER, Frederick. Balancing, Subsumption & Legal Text. In: KLATT, Matthias (Ed.). **Institutionalized Reason. The Jurisprudence of Robert Alexy**. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 315.

⁴⁴⁴ NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules**, 2013, p. 133.

⁴⁴⁵ NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules**, 2013, p. 133. Talvez o ceticismo de Luhmann nos dê uma pista e nos insira também algum ceticismo em relação à aposta nos princípios. O autor fala em “anacronismo de acreditar nos princípios”. LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**, 2005, p. 411.

princípio “P₁” e uma regra “R₁”, que tem de ser “aberta” para que se descortine o princípio “P₂” que está por trás dela.

Se houver uma maneira objetiva e até racionalmente sólida de ponderar esses princípios para que se justifique o afastamento da solução prevista pela regra, parece-nos que perderia força a nossa objeção funcional, porque ela teria que lidar – agora – com a possibilidade de que juízes utilizassem um método, uma fórmula capaz de adjudicar adequadamente a controvérsia. Do ponto de vista estratégico, o modo mais apropriado para aferir a consistência da técnica proposta por Alexy é constatando a capacidade orientadora da ponderação (que não se dissocia da fórmula do peso) em casos de colisão *princípio-princípio*. Para tanto, é preciso uma breve descrição.

Princípios, para Alexy, são “mandamentos de otimização”⁴⁴⁶, são “*normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades fáticas e jurídicas existentes*”⁴⁴⁷. A principal característica dos princípios é que, quando em colisão, são submetidos à ponderação. Quando algum artista, por exemplo, tem publicada nos jornais uma imagem que considera íntima e, por isso, invoca o seu direito à intimidade, há de se perceber que o direito à intimidade entra em colisão com a liberdade de informação. Existe uma espécie de regra de segundo grau, que Alexy chama de “mandamento para otimizar”⁴⁴⁸, que determina a otimização dos princípios em colisão.

Se chamarmos o direito à intimidade de “P₁” e a liberdade de expressão de “P₂”, podemos estabelecer uma colisão em que “P₁” e “P₂” restringem-se mutuamente, porque são também otimizados mutuamente. Note-se que ambos os princípios são, na formulação de Alexy, direitos *prima facie*⁴⁴⁹. Como não existe uma relação de prevalência fixa entre ambos, ela só se define após a solução da colisão no contexto fático “C”. Uma vez alteradas as circunstâncias em casos futuros, a relação de precedência entre os princípios, que é sempre concreta, também pode ser modificada⁴⁵⁰. Trata-se, pois, de uma situação de tensão, que demanda necessária aferição de

⁴⁴⁶ Na verdade, Alexy passou a aceitar que princípios são, na verdade, “mandamentos para serem otimizados”, são objeto de otimização. ALEXY, Robert. **On the structure of legal principles**. Ratio Juris, 13, Oxford, 2000, p. 300.

⁴⁴⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**, 2008, p. 90.

⁴⁴⁸ ALEXY, Robert. **On the structure of legal principles**, 2000, p. 300.

⁴⁴⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**, 2008, p. 96.

⁴⁵⁰ GUASTINI, Riccardo. **Distinguendo**: estudios de teoría y metateoría del derecho. Trad. Jordi Ferrer i Beltrán. Barcelona: Gedisa, 1999, p. 170.

proporcionalidade⁴⁵¹. Aqui, cabe uma advertência: é correto afirmar que uma colisão entre princípios se resolve por meio da ponderação, mas a ponderação constitui apenas uma das partes do princípio da proporcionalidade⁴⁵².

O princípio da proporcionalidade, por sua vez, divide-se em três passos: (1) adequação, (2) necessidade e (3) proporcionalidade em sentido estrito. Os dois primeiros representam o âmbito das possibilidades fáticas⁴⁵³; o último, o das possibilidades jurídicas. O teste de adequação e necessidade é indispensável para que não se proceda a interferências injustificadas em algum princípio. Porém – e este é o passo que nos importa – quando a colisão é inevitável alcança-se a terceira etapa, que é a proporcionalidade em sentido estrito, onde reside a ponderação. Alexy, então, propõe a lei do sopesamento: “*quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro*”⁴⁵⁴.

E assim vai se construindo a fórmula do peso – instrumento elaborado para identificar e deixar explícitos os elementos que estão em jogo na ponderação e para que se possa chegar a um resultado concreto sobre as relações de peso. A aferição da intensidade de interferência (I_i e I_j) de cada princípio é apenas uma das variáveis que compõem o mecanismo. Há de se considerar, ainda, mais dois aspectos: o peso abstrato dos princípios (G_i e G_j) e a segurança das suposições empíricas (S_i e S_j). Assim, chega-se à fórmula:

$$G_{i,j} = \frac{I_i \cdot G_i \cdot S_i}{I_j \cdot G_j \cdot S_j}$$

⁴⁵¹ Segundo Alexy: “a teoria dos princípios implica o princípio da proporcionalidade e o princípio da proporcionalidade implica a teoria dos princípios”. ALEXY, Robert. **On the structure of legal principles**, 2000, p. 297.

⁴⁵² ALEXY, Robert. **On balancing and subsumption. A structural comparison**. Ratio Juris. Vol. 16. Nº 4. December, 2003, p. 436.

⁴⁵³ “Los subprincipios de idoneidad y necesidad exigen una optimización relativa a las posibilidades fácticas. Ahí no se trata de efectuar una ponderación, sino de evitar aquellas injerencias en los derechos fundamentales que son evitables sin detrimento de otros principios, es decir, se trata de la optimalidad de Pareto”. ALEXY, Robert. **Los principales elementos de mi filosofía del derecho**. Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 32 (2009), p. 83.

⁴⁵⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**, 2008, p. 167. Há, ainda, uma espécie de decomposição dessa lei em três passos parciais: (1) comprovação do grau de não cumprimento ou prejuízo de um princípio; (2) comprovação da importância de cumprimento do princípio contrário; (3) comprovação da importância do cumprimento de um princípio a ponto de justificar o prejuízo de outro. Ver ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 133. Alexy define uma escala triádica para classificar os graus de intervenção e de importância de cada princípio em jogo (dois primeiros passos parciais): os três estágios de intensidade podem ser caracterizados pelos termos “leve”, “médio” e “grave”. Ver ALEXY, Robert. **On balancing and subsumption**, 2003, p. 440.

De acordo com Alexy, o resultado demonstrará a prevalência de um princípio sobre o outro na situação concreta. É nesse sentido que o autor afirma que, “enquanto a fórmula da subsunção segue as regras da lógica, a fórmula do peso representa um mecanismo que segue as regras da aritmética”⁴⁵⁵.

Encerremos aqui a descrição. A ponderação sofreu (e sofre) muitas críticas. Uma delas formulada por Habermas, para quem não há racionalidade em sopesar princípios e que concebê-los como ponderáveis enfraquece os direitos fundamentais⁴⁵⁶. No entanto, iríamos muito longe se nos aprofundássemos nessa observação. O que nos interessa é averiguar se a fórmula do peso *cumpro o que promete*, isto é, se ela é capaz de fornecer a orientação que aparenta. Alexy respondeu muitas das críticas que lhe foram direcionadas sobre esse aspecto; e o fez invocando exemplos que – segundo ele – demonstrariam que é possível chegar a um resultado racional a partir dos passos da proporcionalidade. Mas pensemos.

Uma coisa é afirmar que em alguns casos é possível chegar a resultados racionais; outra, diversa, é aceitar que a estrutura da ponderação garante decisões racionais e até objetivas. Alexy parece ter consciência disso ao afirmar que a ponderação não permite soluções inequívocas⁴⁵⁷. No entanto, como ele leva a sério a sua fórmula, chega a apontar que “*em casos de empate, a ponderação não determina nenhum resultado*”⁴⁵⁸. A aparência de objetividade do método é latente. Ele parece oferecer alguma segurança para o aplicador, como se fosse possível chegar com certeza matemática à relação de prevalência entre os princípios.

No entanto, neste ponto, compartilhamos do pensamento de Matthias Jestaedt, ao advertir que “*a doutrina da ponderação promete um grau de certeza e precisão na aplicação que seguramente não é capaz de cumprir*”⁴⁵⁹. Ademais, há um problema com a capacidade orientadora da técnica. Isso porque Alexy justifica a racionalidade do sopesamento intuindo variáveis, números e fatores *a partir* de decisões já existentes e

⁴⁵⁵ No original em inglês: “The Subsumption Formula represents a scheme which works according to the rules of logic; the Weight Formula represents a scheme which works according to the rules of arithmetic”. ALEXY, Robert. **On balancing and subsumption**, 2003, p. 448.

⁴⁵⁶ HABERMAS, Jürgen. **Between Facts and Norms**, 1998, pp. 259-262.

⁴⁵⁷ Ver ALEXY, Robert. Comments & Responses. In: KLATT, Matthias (Ed.). **Institutionalized Reason. The Jurisprudence of Robert Alexy**. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 334.

⁴⁵⁸ ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**, 2007, p. 143.

⁴⁵⁹ JESTAEDT, Matthias. The Doctrine of Balancing – Strengths & Weakness. In: KLATT, Matthias (Ed.). **Institutionalized Reason. The Jurisprudence of Robert Alexy**. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 163.

bem fundamentadas. Ele explica em detalhe como funcionou a colisão⁴⁶⁰, mas a orientação para casos futuros é bastante limitada ou, pelo menos, está longe da precisão matemática que lhe é aparente.

Nesse sentido, as indagações aqui suscitadas põem em dúvida a possibilidade de alcançarmos resultados objetivos e até racionais por meio da ponderação. Talvez a sua importância deva ficar restrita aos dois primeiros passos parciais da proporcionalidade (adequação e necessidade) ou, no máximo, ao uso das variáveis da fórmula do peso para explicitar o que é relevante na fundamentação de colisões *princípio-princípio*. Entendemos, porém, que a nossa objeção funcional deve ser mantida, sobretudo quando se está a tratar da relação entre princípio e regra, em que esta termina superada por aquele. Há dúvidas sobre as vantagens de transportar a regra para o nível dos princípios e, nesse âmbito, proceder-se aos passos sugeridos por Alexy.

Por fim, entendemos que nossa advertência ao problema da “desestabilização” deve ser *levada a sério* por mais uma razão – desta vez contextual: o Supremo Tribunal Federal utiliza de maneira retórica a ponderação, que – não raro – serve como artifício para dar aparência de objetividade a decisões que envolvem tão somente uma *preferência*. Isso pode ser constatado na análise do julgamento que envolveu a constitucionalidade da Lei da “Ficha Limpa”⁴⁶¹. Um dos aspectos polêmicos da lei é a sua suposta retroatividade, já que as hipóteses de inelegibilidade que entraram em vigor em 2010 passaram a abarcar atos praticados no passado, como a renúncia com o objetivo de escapar de cassação de mandato. Observemos com brevidade *parte* da fundamentação lançada.

A questão da retroatividade era um dos principais argumentos invocados pela defesa, já que a legislação prevê hipóteses fundadas na vida pregressa dos candidatos e, como os atos passíveis de inelegibilidade já haviam sido praticados, escapar da sanção seria impossível. Muitos foram os argumentos dos ministros que afastaram essa tese; porém, o recurso à ponderação⁴⁶² foi expressivo: (1) Deve-se fazer uma ponderação “entre o princípio da presunção de inocência, um direito individual, que tem incidência nas causas penais, e a moralidade administrativa, direito fundamental político, de

⁴⁶⁰ Ver, entre outros, o conflito entre direitos de personalidade e liberdade de radiodifusão. ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**, 2008, p. 161.

⁴⁶¹ Trata-se da Lei Complementar n. 135/2010.

⁴⁶² Sem que se possa falar, contudo, em obediência aos passos da proporcionalidade de Robert Alexy.

interesse coletivo”⁴⁶³. Mais ponderações: (2) “o princípio constitucional prevalecente é o da proteção ético-jurídica do processo eleitoral, sobrepondo-se o direito da sociedade a uma eleição moralizada”⁴⁶⁴. Ainda mais ponderações: (3) o interesse público deve prevalecer diante do interesse exclusivamente individual e privado⁴⁶⁵.

O Ministro Joaquim Barbosa deixou as coisas ainda mais claras. Ressaltou que o fato de a Lei Complementar n. 135/2010 ser “fruto da mobilização de um número expressivo de nossos concidadãos (...), já deve constituir um norte interpretativo importante”⁴⁶⁶. E arrematou, entendendo ser necessária uma ponderação entre “valores concernentes aos direitos políticos individuais” e os “valores referentes aos direitos políticos em sua dimensão coletiva”, salientando que os primeiros devem ceder diante de um princípio de maior peso, “que é a própria democracia”⁴⁶⁷.

Note-se que a possibilidade de ponderar a “democracia”, de colocá-la na balança, é particularmente inquietante. Não se sabe qual destas alternativas é a pior: ou a democracia tornou-se um princípio ponderável, que colide no mesmo nível dos outros, ou estamos diante de um artifício argumentativo para fazer pesar mais os princípios que *aparecem ao lado* da democracia na balança. Qualquer dessas possibilidades *reforça* a nossa objeção quanto às distorções funcionais e democráticas do “Direito por princípios”, sobretudo quando a Corte Constitucional passa a argumentar desse modo. Por essas razões, talvez a desconfiança de Niklas Luhmann se justifique e a ponderação seja mesmo “o cavalo de troia da dogmática jurídica”⁴⁶⁸.

⁴⁶³ Este argumento está contido no parecer do Procurador Geral da República. Ver Supremo Tribunal Federal, Pleno, Rec. Extraordinário n. 630.147/DF, Relator: Min. Ayres Britto, j. 29.09.2010, p. 83.

⁴⁶⁴ Este argumento consta no voto da Ministra Carmen Lúcia. Ver Supremo Tribunal Federal, Pleno, Rec. Extraordinário n. 630.147/DF, Relator: Min. Ayres Britto, j. 29.09.2010, p. 90.

⁴⁶⁵ Ver Supremo Tribunal Federal, Pleno, Rec. Extraordinário n. 630.147/DF, Relator: Min. Ayres Britto, j. 29.09.2010, p. 140. Trata-se do voto do Ministro Ricardo Lewandowski.

⁴⁶⁶ Supremo Tribunal Federal, Pleno, Recurso Extraordinário n. 631.102/PA, Relator: Min. Joaquim Barbosa, j. 27.10.2010, p. 203.

⁴⁶⁷ Supremo Tribunal Federal, Pleno, Recurso Extraordinário n. 631.102/PA, Relator: Min. Joaquim Barbosa, j. 27.10.2010, p. 203.

⁴⁶⁸ Em várias passagens de *O Direito da Sociedade*, Luhmann direciona críticas severas à ideia de ponderar valores, interesses, etc. Às vezes fala em paradigma vazio (que vai do inflexível, segundo ele, ao inexpressivo) e chega a falar, ainda, em “cavalo de troia da dogmática jurídica”. Em alguns pontos, ele passa exatamente pela crítica que deveria ser direcionada ao exemplo das ponderações no STF: por meio de fórmulas de ponderação, tribunais chegam a soluções *ad hoc* aparentemente adequadas. Ver LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**, 2005, p. 330, p. 341, p. 613. Suas críticas não são dirigidas a Robert Alexy, mas seguramente poderiam servir de objeção ao uso da ponderação pelos tribunais brasileiros.

CONCLUSÃO

Encerremos consultando, como de início, a obra *O Direito Dúctil*, de Gustavo Zagrebelsky. Abrimos esta dissertação expondo algumas das teses de Zagrebelsky e, entre elas, a de que as características da pluralidade exigiriam um “Direito por princípios”⁴⁶⁹. Ressaltamos, naquele momento, o entusiasmo do autor com o protagonismo dos princípios, que permitiriam a consolidação da justiça nas situações concretas e que, por exigirem valorações dependentes das circunstâncias e em equilíbrio com os demais princípios, reclamariam o uso da ponderação⁴⁷⁰. Toda a obra apresenta essa *nova* maneira de conceber o Direito.

Mas as duas últimas páginas do livro parecem indicar um recuo, uma advertência, uma tomada de consciência de que não se poderia concluir o argumento sem pedir alguns *cuidados* ao leitor. E então Zagrebelsky posiciona adequadamente a legislação, refuta a soberania dos juízes e alerta para a “asfixia da política” caso se entenda a Constituição como um sistema fechado de princípios. Deve-se entendê-la, atenta o autor, como um projeto aberto, cuja determinação “histórico-concreta” deixa-se ao legislador⁴⁷¹. Zagrebelsky ainda faz reservas quanto à criação judicial de normas jurídicas e, nas últimas linhas, sublinha algo – para nós – importante: “os juízes não são senhores do Direito”; eles são, na verdade, “garantes da complexidade estrutural do Direito no Estado Constitucional”⁴⁷².

Talvez a corrida pelo protagonismo dos princípios – ao menos na prática judicial brasileira – não tenha encontrado tempo para as últimas páginas de Zagrebelsky. E é justamente a distância entre o conteúdo dos dois primeiros parágrafos desta conclusão que justifica a investigação que empreendemos. Quer-se um Direito flexível em que a forma é apenas obstáculo? Ou se quer uma flexibilidade no Direito *levando a sério* a forma? Regras jurídicas são espécies normativas desprestigiadas? Ou deveriam os princípios fornecer-lhes o suporte, o substrato e a reflexão? Afinal, *o que a pluralidade exige do Direito?* Aliás, o que ela exige da *aplicação do Direito?*

⁴⁶⁹ ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**: ley, derechos y justicia. Trad. Marina Gascón. 10 ed. Madrid: Trotta, 2011, p. 125. O termo “Direito por princípios”, que integra o título de nosso trabalho, está consagrado no capítulo seis da obra de Zagrebelsky.

⁴⁷⁰ ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. 2011, pp. 124-125.

⁴⁷¹ ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. 2011, p. 152.

⁴⁷² ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. 2011, p. 153.

Essas indagações permearam todo este trabalho. Na “Parte I”, procuramos descrever alguns traços que evidenciam o caráter plural das sociedades modernas. Para os autores que sustentaram nossos argumentos, o *fato do pluralismo* é realmente um *fato*. Partimos da pluralidade em Hannah Arendt, passamos pelo dissenso em Jeremy Waldron e chegamos às dificuldades da modernidade, à complexidade sem autoridade, à vida comum em cenários multiétnicos. Certamente a sociedade plural possui facetas que desconsideramos e, possivelmente, talvez a ela tenhamos atribuído alguma característica controversa. Porém, o *dissenso moral e político* é – sim – uma *qualidade*, um atributo da sociedade plural.

Já na “Parte II”, recorremos a intérpretes das sociedades complexas para indagar – mais detidamente – quais seriam as exigências da pluralidade. Habermas e Luhmann vieram ao texto para objetivos diferentes, é verdade. Utilizamos Habermas para estudar sua concepção de democracia deliberativa e de autolegislação; e investigamos as ideias de Luhmann para observar os aspectos funcionais do Direito, em um contexto de redução da complexidade. Esses dois autores não se conciliam tranquilamente e nosso objetivo não consistiu em forçar uma compatibilidade, mas apenas demonstrar que – em ambos – podemos encontrar bons fundamentos para compreender a posição do Direito na sociedade plural.

Nesse sentido, apresentamos a resposta à pergunta que se origina da “Parte I” e que orienta a “Parte III”: *o que a pluralidade exige do Direito?* Em essência, demonstramos que são duas as exigências. (1) Em um contexto de distintas formas de vida a habitar um espaço comum, com diferenças culturais, morais e políticas, o desacordo é inexorável. Se isto é assim, trata-se de uma exigência da pluralidade a elaboração das normas jurídicas *em consideração* a esse desacordo. O Direito deve organizar-se *na* pluralidade. (2) O excessivo número de possibilidades (complexidade) disperso na sociedade impõe uma seleção, uma redução. O sistema jurídico, nessa seara, cumpre a função de *estabilizar expectativas normativas de comportamento*. Isso permite economia de consenso, antecipação de expectativas e orientações normativas de conduta para os participantes. O Direito, portanto, organiza *a* pluralidade.

Estabelecidas essas premissas, ingressamos na “Parte III” sem preocupações normativas, isto é, sem uma proposta de como a aplicação do Direito deve ser. Propusemos, aqui, uma resposta para a pergunta sobre as exigências que a sociedade

plural impõe ao Direito, mas com o objetivo de poder analisar *criticamente* o que denominamos “Direito por princípios”. E Habermas e Luhmann continuaram sendo nossos interlocutores.

A transposição da adjudicação das controvérsias morais e políticas da comunidade para o âmbito dos princípios tem consequências significativas. Uma delas é a possibilidade de *violação* à primeira exigência da pluralidade. Princípios constitucionais não são interpretados apenas por juízes. *Todos desenvolvemos particulares concepções desses princípios*. É por isso que um conflito político fundado em um desacordo sobre essas concepções *não pode* ser adjudicado com recurso à norma comum, ao princípio. Se juízes o fazem, há uma objeção democrática a ser formulada. Princípios, na perspectiva habermasiana, têm um significado deontológico porque *justificam* o conteúdo das regras. No entanto, o juiz deve se colocar em um contexto comunicativo plural, considerando que todos os membros da comunidade sustentam *leituras* diversas sobre os mesmos princípios.

Além disso, o “Direito por princípios” também pode provocar uma *disfunção* no sistema jurídico. Princípios ocupam um nível de complexidade apenas estruturável; e as regras, um nível de *complexidade estruturada*. As expectativas em torno de normas como *liberdade, igualdade e dignidade* são inúmeras. Quando o conteúdo dessas normas é traduzido em uma linguagem que serve de orientação e que permite aos indivíduos a antecipação de expectativas normativas, está-se no espaço das regras, com a complexidade reduzida e a informação selecionada. Daí que voltar a argumentar – caso a caso e com base em princípios – é reabrir essa complexidade, o que, em situação de consolidação de uma cultura de protagonismo dos princípios, pode levar ao “perigo da desestabilização” e vulnerar, inclusive, a consistência jurídica, que é condição da justiça em Luhmann.

Esse caminho, de fato, ainda não nos permite afirmar o que fazer com os princípios, não é suficiente para fixar a sua adequada posição na aplicação do Direito. Esperamos – entretanto – que as advertências aqui elaboradas possam deixar as coisas um pouco mais claras, descortinando a conclusão de que não há como *levar a sério* os princípios constitucionais sem *levar a sério* o fato do dissenso e, por isso, sem *levar a sério* também as regras.

Trata-se de elementos que se autoimplicam, que se influenciam reciprocamente. O “Direito por princípios” pode, sem a adequada leitura das duas últimas páginas de *O Direito Dúctil*, tornar-se não apenas dúctil, mas – e este é o paradoxo – incapaz de alcançar a finalidade que justificaria essa ductibilidade. A previsão de um catálogo de princípios – sem que possa ser estruturado seriamente na forma de regras – não consegue realizar o estado de coisas que os próprios princípios projetam⁴⁷³.

⁴⁷³ LAPORTA, Francisco J. **El imperio de la ley**. 2007, p. 126.

BIBLIOGRAFIA

ABELLÁN, Joaquín. Los retos del multiculturalismo para el estado moderno. In: O'FARRELL, Pablo Badillo (coord.). **Pluralismo, tolerancia, multiculturalismo: reflexiones para un mundo plural**. Madrid: Universidad Internacional de Andalucía/AKAL: 2003.

ALEXANDER, Larry e SHERWIN, Emily. **The Rule of Rules: morality, rules & the dilemmas of law**. Durham and London: Duke University Press, 2001.

ALEXY, Robert. Comments & Responses. In: KLATT, Matthias (Ed.). **Institutionalized Reason. The Jurisprudence of Robert Alexy**. Oxford: Oxford University Press, 2012.

_____. **Constitucionalismo Discursivo**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. **Los principales elementos de mi filosofía del derecho**. Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 32 (2009)

_____. **On balancing and subsumption. A structural comparison**. Ratio Juris. Vol. 16. Nº 4. December, 2003.

_____. **On the structure of legal principles**. Ratio Juris, 13, Oxford, 2000.

_____. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ARENDDT, Hannah. **A condição humana**. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.

_____. **A promessa da política**. Trad. Pedro Jorgensen Jr. 4 ed. Rio de Janeiro: Difel, 2012.

_____. **As origens do totalitarismo**. Trad. Roberto Raposo. 3ª reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

_____. **Between Past and Future: eight exercises in political thought**. New York: Penguin books, 2006.

ARNAUD, André-Jean; FARIÑAS DULCE, Maria José. **Introdução à análise sociológica dos sistemas jurídicos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

ATIENZA, Manuel e RUIZ MANERO, Juan. **Las piezas del Derecho: teoría de los enunciados jurídicos**. 4.ed. Barcelona: Ariel, 2007.

_____. **Sobre principios y reglas**. Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho, núm. 10 (1991).

ATRIA, Fernando. **El Derecho y la contingencia de lo político**. Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho, núm. 26 (2003), pp. 319-347.

AUSTIN, J.L. **How to do things with words?** Second Edition: Harvard University Press, 1975.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 10.ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BAUMAN, Zygmunt. **Medo líquido**. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

_____. **Modernidad Líquida**. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2005.

BAXTER, Hugh. **Habermas: The Discourse Theory of Law and Democracy**. Satanford, California: Stanford University Press, 2011.

BAYÓN, Juan Carlos. Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel y JARAMILLO, Leonardo García (coord.) **El canon neoconstitucional**. Madrid: Trotta, 2010. Versão eletrônica: http://www.upf.edu/filosofiadeldret/_pdf/bayon-democracia.pdf.

_____. **La normatividad del derecho**: deber jurídico y razones para la acción. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1991.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. 2 ed. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2011.

BENHABIB, Seyla. Models of Public Space: Hannah Arendt, the Liberal Tradition and Jürgen Habermas. In: CALHOUN, Craig (ed.). **Habermas and the Public Sphere**. Cambridge, Massachussets: The MIT Press, 1996.

BIELEFELDT, Heiner. **Filosofia dos Direitos Humanos**. Trad. Dankwart Bernsmüller. São Leopoldo: UNISINOS, 2000.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 10ª reimpressão. Trad. Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

_____. **Da Estrutura à Função**: novos estudos de teoria do direito. Tradução: Daniela Beccaccia Versiani. Barueri, SP: Manole, 2007.

BURUMA, Ian. MARGALIT Avishai. **Ocidentalismo**: o ocidente aos olhos de seus inimigos. Trad. Sérgio Lopes. Rio de Janeiro: Zahar, 2006.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Interpretação do Direito e Movimentos Sociais**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

CASTELLS, Manuel. **Redes de indignação e esperança**: movimentos sociais na era da internet. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

CLAM, Jean. A autopoiese no Direito. In: ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. **Introdução à teoria do sistema autopoietico**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. VII edição. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Ética**: direito, moral e religião no mundo moderno. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

COULANGES, Fustel de. **A Cidade Antiga**. São Paulo: Edameris, 1966.

DE VITA, Álvaro. **Liberalismo igualitário**: sociedade democrática e justiça internacional. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**. London: Fontana Masterguides Editor: London, 1986.

_____. **Taking Rights Seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1977.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y democracia en el pensamiento de Norberto Bobbio**. DOXA, Cuadernos de Filosofía Del Derecho, 28(2005).

FINLEY, M.I. **A Política no mundo antigo**. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1983.

FRIEDMAN, Thomas L. **O Mundo é Plano**: uma breve história do século XXI. Trad. Cristina Serra S. Duarte. Rio de Janeiro: Objetiva, 2005.

FRIEDRICH, Carl J. **Constitutional Government and Democracy**: theory and practice in Europe and America. Fourth Edition. London: Blaisdell Publishing Company, 1968.

_____. **Tradição e Autoridade em Ciência Política**. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1974.

GADAMER, Hans-Georg. **Truth and Method**. Second Edition. New York/London: Continuum, 2012.

GARCIA AMADO, Juan Antonio. **¿Existe discrecionalidad en la decisión judicial?** Isegoría, No. 35 (2006, pp.151-172).

_____. **La Filosofía del Derecho de Habermas y Luhmann**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1997.

GUASTINI, Riccardo. **Das Fontes às Normas**. Trad. Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

_____. **Distinguendo**: estudios de teoría y metateoría del derecho. Trad. Jordi Ferrer i Beltrán. Barcelona: Gedisa, 1999.

GUITIÁN, Elena García. La repercusión política del pluralismo valorativo. In: O'FARRELL, Pablo Badillo (coord.). **Pluralismo, tolerancia, multiculturalismo**: reflexiones para un mundo plural. Madrid: Universidad Internacional de Andalucía/AKAL: 2003.

HÄBERLE, Peter. **El Estado Constitucional**. Trad: Hector Fix-Fierro. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2007.

_____. **Hermenêutica Constitucional**. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**: estudos de teoria política. Trad. George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002.

_____. **A short reply**. Ratio Juris, Vol. 12, n. 4 (December, 1999), pp. 445-453.

_____. **¿Cómo es posible la legitimidad por vía de legalidad?** Trad. Manuel Jiménez Redondo. *Doxa*, n. 5, 1988 (pp. 21-45).

_____; RAWLS, John. **Debate sobre el liberalismo político**. Barcelona: Paidós, 1998.

_____. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. Volumes I e II. 2ª edição. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro: 2003. Edição em inglês: HABERMAS, Jürgen. **Between Facts and Norms**. Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy. Trad. Willian Rehg. Cambridge, Massachusetts: The MIT Press, 1998.

_____. **Introduction**. *Ratio Juris*. Vol. 12, n. 04, December 1999 (329-335).

_____. **On Law and Disagreement**. Some Comments on “Interpretative Pluralism”. *Ratio Juris*. Vol. 16. N. 2. June, 2003 (pp. 187-194).

_____. **Pensamento pós metafísico**: estudos filosóficos. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990.

_____. **Teoría y praxis**. Estudios de filosofia social. Madrid: Tecnos, 1987.

_____. **Three normative models of democracy**. *Constellations*, Vol. I, N. 1, 1994.

_____. **Verdade e Justificação**: ensaios filosóficos. Trad. Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2004.

HART, H.L.A. **The Concept of Law**. 2 ed. Oxford: Clarendon Press, 1994.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**: ou matéria, forma e poder em um estado eclesiástico e civil. 2. ed. Trad. Rosina D’Angina. São Paulo: Ícone, 2000.

HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento**. A gramática moral dos conflitos sociais. Trad. Luiz Repp. São Paulo: editora 34, 2003.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

KING, Michael. A verdade sobre a autopoiese no direito. In: ROCHA, Leonel Severo; KING, Michael; SCHWARTZ, Germano. **A verdade sobre a autopoiese no direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

JESTAEDT, Matthias. The Doctrine of Balancing – Strengths & Weakness. In: KLATT, Matthias (Ed.). **Institutionalized Reason. The Jurisprudence of Robert Alexy**. Oxford: Oxford University Press, 2012.

JULLIEN, François. **O Diálogo entre as Culturas**: do universal ao multiculturalismo. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. 7ª reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

LAPORTA, Francisco J. **El imperio de la ley**: una visión actual. Madrid: Trotta, 2007.

LOSANO, Mario G. **Sistema e estrutura no direito**. Vol. 3. Do século XX à pós-modernidade. Trad. Carlos Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

LUHMANN, Niklas. **Complejidad y modernidad**: de la unidad a la diferencia. Trad. Josexto Beriain y José Maria García Blanco. Madrid: Trotta, 1998.

_____. El derecho como sistema social. In: DIEZ, Carlos Cómez-Jara (Ed.). **Teoría de Sistemas y Derecho Penal**: fundamentos y posibilidades de aplicación. Granada: Comares, 2005.

_____. **El derecho de la sociedad**. Trad. Javier Torres Nafarrante. Ciudad de México: Herder, 2005.

_____. **Essays on self-reference**. New York: Columbia University Press, 1990.

_____. **Introdução à teoria dos sistemas**. 2. ed. Trad. Ana Cristina Arantes Nasser. Petrópolis: Vozes, 2010.

_____. **La sociedad de la sociedad**. Trad. Javier Torres Nafarrate. Ciudad de México: Herder, 2006.

_____. **Legitimação pelo procedimento**. Trad. Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1980.

_____. **Sociologia do Direito I**. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

_____. **Sociologia do Direito II**. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

MACEDO JR., Ronaldo Porto. **Carl Schmitt e a fundamentação do Direito**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MARQUES, Claudia Lima. O “diálogo das fontes” como método da nova teoria geral do direito: um tributo à Erik Jayme. In: MARQUES, Claudia Lima (coord.). **Diálogo das Fontes**: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MICHELON JR., Claudio. **Being Apart from Reasons**: the role of reasons in public and private moral decision-making. DORDRECHT, Springer, 2006.

NEVES, Marcelo. Aumento da complexidade nas condições de insuficiente diferenciação funcional. In: SCHWARTZ, Germano (org.) **Juridicização das esferas sociais e fragmentação do direito na sociedade contemporânea**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____. **Entre Hidra e Hércules**: princípios e regras constitucionais. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

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

O’FARRELL, Pablo Badillo. ¿Pluralismo versus Multiculturalismo? In: O’FARRELL, Pablo Badillo (coord.). **Pluralismo, tolerancia, multiculturalismo**: reflexiones para un mundo plural. Madrid: Universidad Internacional de Andalucía/AKAL: 2003.

OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades de. A função do Direito na perspectiva de Luhmann: segurança das expectativas ou guia de comportamento. In: BARRETO,

Vicente de Paulo et alli (org.) **Direito na sociedade policontextural**. Curitiba: Appris, 2013.

_____. BOBBIO, Norberto, 1909-2004. In: PAULO BARRETTO, Vicente de (coord.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo: Unisinos, 2006.

_____. Cultura da Democracia para Direitos Humanos Multiculturais. In: OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades (org.). **Cultura e Prática dos Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

OLLERO, Andrés; GARCIA AMADO, Juan Antonio; DEL LLANO, Cristina Hermida. **Derecho y moral: una relación desnaturalizada**. Madrid: Fundación Colóquio Jurídico Europeo, 2012.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. **Las generaciones de derechos humanos**. Revista Del Centro de Estudios Constitucionales. Número 10. Septiembre-Diciembre, 1991.

POPPER, Karl. **A sociedade aberta e seus inimigos**. Vol. II. Trad. Milton Amado. Belo Horizonte: Itatiaia, 1974.

POSNER, Richard. **Review of Jeremy Waldron, Law and Disagreement**. Columbia Law Review, Vol. 100, N. 2. Mar., 2000 (pp. 589/592).

RASMUSSEN, David M. How is valid law posible? In: DEFLEM, Mathieu (Edit.). **Habermas, Modernity and Law**. London: Sage, 1996.

ROCHA, Leonel Severo. Da epistemologia jurídica normativista ao construtivismo sistêmico. In: ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. **Introdução à teoria do sistema autopoietico**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. **Epistemologia jurídica e democracia**. São Leopoldo: Unisinos, 1998.

RUBIO-CARRACEDO, José. Pluralismo, multiculturalismo y ciudadanía compleja. In: O'FARRELL, Pablo Badillo (coord.). **Pluralismo, tolerancia, multiculturalismo: reflexiones para un mundo plural**. Madrid: Universidad Internacional de Andalucía/AKAL: 2003.

SAAVEDRA, Giovanni Agostini. **Jurisdição e Democracia: uma análise a partir das teorias de Jürgen Habermas, Robert Alexy, Ronald Dworkin e Niklas Luhmann**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARTORI, Giovanni. **La sociedad multiétnica: pluralismo, multiculturalismo y extranjeros**. Trad. Miguel Ángel Ruiz de Azúa. Madrid: Taurus, 2002.

SCHMITT, Carl. **Legalidad y Legitimidad**. Granada: Editorial Colmares, 2006.

_____. O Führer protege o Direito. In: MACEDO JR., Ronaldo Porto. **Carl Schmitt e a fundamentação do Direito**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

SCHWARTZ, Germano. A fase pré-autopoiética do sistemismo luhmanniano. In: ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. **Introdução à teoria do sistema autopoietico**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SHAPIRO, Scott J. **Legality**. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011.

SCHAUER, Frederick. Balancing, Subsumption & Legal Text. In: KLATT, Matthias (Ed.). **Institutionalized Reason. The Jurisprudence of Robert Alexy**. Oxford: Oxford University Press, 2012.

_____. **Formalism**. The Yale Law Journal, Vol. 97, n. 04 (Mar., 1988), pp. 509-548.

_____. **Playing by the rules: a philosophical examination of rule-based decision-making in law and life**. Oxford: Clarendon Press, 1991.

SOKAL, Alan e BRICMONT, Jean. **Imposturas Intelectuais: o abuso da Ciência pelos filósofos pós-modernos**. Trad. Max Altman. Rio de Janeiro: Record, 2012.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

VILLEY, Michel. **O direito e os direitos humanos**. Trad: Maria E. de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

WALDRON, Jeremy. **Judicial Review and the Conditions of Democracy**. The Journal of Political Philosophy: Volume 6, num. 04, 1998.

_____. **Law and Disagreement**. New York: Oxford University Press, 1999.

_____. **The Core of the Case Against Judicial Review**. The Yale Law Journal, 115: 1346, 2006

_____. The Cosmopolitan Alternative. In: KYMLICKA, Will (ed.). **The Rights of Minority Cultures**. New York: Oxford University Press, 2009.

_____. **The Dignity of Legislation**. Cambridge: Cambridge University Press, 1999.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil: ley, derechos y justicia**. Trad. Marina Gascón. 10 ed. Madrid: Trotta, 2011.