LUIZ FELIPE ROSA RAMOS

POR TRÁS DOS CASOS DIFÍCEIS

A DOGMÁTICA JURÍDICA E O PARADOXO DA DECISÃO INDECIDÍVEL

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

ORIENTADOR: PROFESSOR TITULAR DR. CELSO FERNANDES CAMPILONGO

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

SÃO PAULO-SP

2014

LUIZ FELIPE ROSA RAMOS

POR TRÁS DOS CASOS DIFÍCEIS

A DOGMÁTICA JURÍDICA E O PARADOXO DA DECISÃO INDECIDÍVEL

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de Mestre, na área de concentração de Filosofia e Teoria Geral do Direito, sob a orientação do Professor Titular Dr. Celso Fernandes Campilongo.

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

SÃO PAULO

2014

LUIZ FELIPE ROSA RAMOS

POR TRÁS DOS CASOS DIFÍCEIS

A DOGMÁTICA JURÍDICA E O PARADOXO DA DECISÃO INDECIDÍVEL

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de Mestre, na área de concentração de Filosofia e Teoria Geral do Direito, sob a orientação do Professor Titular Dr. Celso Fernandes Campilongo.

Aprovada em: _____

Banca examinadora:

Prof.: _____ Instituição _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof.: _____ Instituição _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof.: _____ Instituição _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

AGRADECIMENTOS

A prática medieval de deixar o livro falar como autor não sobreviveu à imprensa, mas continua sendo muito pouco o que há do próprio autor dentre tudo o que se lê em um trabalho acadêmico. Isso não me exime da responsabilidade pelos equívocos do trabalho, embora ajude a justificar o amplo compartilhamento dos seus eventuais méritos.

Agradeço, em primeiro lugar, ao meu orientador, Professor Celso Campilongo. Ao longo dos últimos anos, o professor Campilongo tem me ensinado muito sobre teoria dos sistemas e dogmática jurídica, mas também, com seu exemplo, a como tratar as pessoas com o máximo respeito intelectual – o que é bem diferente de aceitação acrítica. Ao *maestro* Raffaele de Giorgi, agradeço pela orientação no período crucial de pesquisa na Universidade de Salento, bem como por toda a estrutura viabilizada para que eu pudesse estar totalmente concentrado nos estudos (salvo por breves interrupções para escutar a ironia fina de seus comentários). Esse agradecimento se estende aos caros Diego di Giuseppe, Luciano Nuzzo, Ada Prizreni e Alberto Giorgino.

Sou grato também aos Professores Ronaldo Porto Macedo Júnior e Mara Regina de Oliveira pelas sugestões e críticas ao projeto de pesquisa que deu origem a este trabalho. Ao professor Ronaldo, sou especialmente grato pelos cursos que frequentei e por ter me apresentado, no primeiro ano de graduação, um método para a leitura de textos densos que ainda hoje procuro adotar na elaboração de trabalhos acadêmicos. Nos momentos finais deste trabalho, mantive um estimulante diálogo com o professor José Reinaldo de Lima Lopes, a quem também agradeço. Os professores Guilherme Leite Gonçalves, Kevin Escudero e Osvaldo Castro gentilmente colaboraram com o apontamento ou disponibilização de bibliografia relevante para o meu tema.

Foram fundamentais para esta dissertação as monitorias de Introdução ao Estudo do Direito, compartilhadas por mais de três anos com José Gladston Viana Correia, Ana Carolina Cavalcanti e Caio Santiago. O diálogo com esses amigos e com os estudantes da Faculdade de Direito da USP produziu inquietações que permeiam todo o texto. Outra parcela importante de inquietações devo à experiência de escrever, em coautoria privilegiada com Osny da Silva Filho, um livro a respeito do renomado e intrigante jurista Orlando Gomes.

A todos os meus colegas de escritório, aos quais agradeço nos nomes do meu amigo Mario Andre Machado Cabral, Ademir Pereira Junior e José Del Chiaro, sou grato pela compreensão e também pela oportunidade de enfrentar casos complexos ao lado de intelectos que admiro. Os ex-colegas de graduação e queridos amigos Amadeus Orleans, Igor Rolemberg e Murilo Vannucci têm sido essenciais a cada passo.

Meus pais, Eliana e Robério, além de tudo o que já fizeram por mim, souberam, mesmo que à distância, compartilhar as agruras e as doçuras que envolvem o desenvolvimento de um trabalho acadêmico. Meu irmão João Gabriel não cansava de me surpreender com *inputs* relevantes a este estudo, mesmo sendo médico de formação, além de ter partilhado suas providenciais invenções gastronômicas com este ocupado mestrando. Ana Beatriz, minha irmã, talvez seja quem mais de perto acompanhou a rotina que está por trás dessas páginas: agradeço o privilégio de ter convivido com essa inquieta jornalista ao longo desses anos. O último agradecimento deixo àquela que dividiu comigo mais um momento inesquecível: a Eva tenho muito a agradecer, mas também de me desculpar por ter trocado, muitas horas mais que o combinado, a fascinante paisagem colombiana pela clausura de um quarto de hotel com computador!

A Eva, “*por supuesto*”

“Occorre crearsi delle costrizioni, per potere inventare liberamente”¹.

“Wenn einem Richter eine Klage auf Schadenersatz für eine zerbrochener Vase vorgetragen wird, hätte er wenig Erfolg, wenn er in den Gesetzbüchern unter ‘Vase’ nachschlagen würde”².

¹ Umberto Eco, *Postille a “Il nome della rosa”* (1983), in *Il nome della rosa* (1980; 2012), Milano, Tascabili Bompiani.

² Niklas Luhmann. *Das Recht der Gesellschaft* (1993). Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 385.

RESUMO

RAMOS, Luiz Felipe Rosa. *Por trás dos casos difíceis: a dogmática jurídica e o paradoxo da decisão indecidível* (2014) Dissertação de mestrado, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

A dogmática jurídica tem sido concebida, em face de uma das exigências centrais do direito moderno, como a sistematização de normas jurídicas a partir da adesão ao direito positivo. O objetivo deste trabalho é enfrentar o tema da dogmática jurídica, com base na teoria dos sistemas sociais, partindo do seguinte problema: como a dogmática jurídica moderna se relaciona com a proibição da denegação de justiça? O presente estudo aborda, em face de um debate que se constrói a partir dos “casos difíceis”, o significado dessa autoexigência para o sistema jurídico e particularmente para a dogmática jurídica. Para tanto, examina inicialmente se a proibição da denegação de justiça é um fator relevante na distinção entre a “ciência dogmática” do direito e as comunicações típicas do sistema científico. Em seguida, observa de que modo a proibição da denegação de justiça, ao ocultar o paradoxo constitutivo do sistema jurídico e evitar o aparecimento de outros paradoxos dele decorrentes, contribui para o fechamento operativo do direito. Mesmo nos casos nos quais o paradoxo não se encontra suficientemente desdobrado em regras jurídicas, o direito se obriga a decidir. Por fim, verifica como a relação com a proibição da denegação de justiça conforma a função que a dogmática exerce para o direito, investigando se essa relação oferece algum potencial explicativo a respeito do futuro da dogmática jurídica.

Palavras-chave: 1. Teoria dos sistemas; 2. Sociologia do direito; 3. Dogmática jurídica; 4. Proibição da denegação de justiça; 5. Paradoxo da decisão indecidível

ZUSAMMENFASSUNG

RAMOS, Luiz Felipe Rosa. *Hinter den hard cases: Rechtsdogmatik und die Paradoxie der unentscheidbaren Entscheidung* (2014) Dissertação de mestrado, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

Die Rechtsdogmatik wurde angesichts einer der zentralen Forderungen des modernen Rechtes entworfen, nämlich der Systematisierung der Rechtsnormen ab dem Beitritt zum positiven Recht. Ziel dieser Arbeit ist die Behandlung des Themas der Rechtsdogmatik auf der Grundlage der Theorie der Sozialsysteme, von folgender Problemstellung ausgehend: wie verhält sich die moderne Rechtsdogmatik zum Verbot der Justizverweigerung? Vorliegende Arbeit behandelt, einschließlich unter Berücksichtigung einer unlängst erfolgten, auf „schwierigen Fällen“ aufbauenden Debatte, die Bedeutung dieser selbstgesetzten Forderung für das Rechtssystem und insbesondere für die Rechtsdogmatik. Dazu untersucht sie zunächst, ob das Justizverweigerungsverbot ein relevanter Faktor ist bei der Unterscheidung zwischen der „dogmatischen Wissenschaft“ des Rechtes und den typischen Kommunikationen des wissenschaftlichen Systems. Sodann beobachtet sie, in welcher Weise das Justizverweigerungsverbot, indem das konstitutive Paradox des Rechtssystems verborgen und das Erscheinen anderer daraus folgender Paradoxe vermieden wird, zum operativen Schluss des Rechtes beiträgt. Selbst in den Fällen, in denen das Paradox nicht ausreichend in juristische Regeln aufgegliedert ist, verpflichtet sich das Recht dazu zu entscheiden. Abschließend prüft sie, wie die Beziehung zum Verbot der Justizverweigerung mit der Funktion in Einklang steht, die die Dogmatik für das Recht ausübt, und untersucht, ob diese Beziehung irgendein erklärendes Potenzial bezüglich der Zukunft der Rechtsdogmatik bietet.

Stichwörter: 1. Systemtheorie; 2. Rechtssoziologie; 3. Rechtsdogmatik; 4. Justizverweigerungsverbot; 5. Paradoxie der unentscheidbaren Entscheidung

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
I. DIREITO E VERDADE.....	17
1. COLOCAÇÃO DO PROBLEMA	17
a. Como, quando e por que surge uma “ciência” dogmática do direito?	18
b. Conhecer e decidir: o que dizem os clássicos?	24
2. COMO É POSSÍVEL UMA “CIÊNCIA” DO DIREITO?.....	32
a. Ciência e direito entre dois tipos de expectativas.....	33
b. Teoria dos sistemas, teoria do direito e dogmática jurídica.	40
II. A PROIBIÇÃO DA DENEGAÇÃO DE JUSTIÇA	51
1. O FECHAMENTO OPERATIVO.....	51
a. Preço justo no sistema econômico.....	51
b. Razão de Estado no sistema político.....	57
c. <i>Référé législatif</i> no sistema jurídico	64
2. O PARADOXO DA DECISÃO INDECIDÍVEL.....	71
a. Do <i>non liquet</i> aos <i>hard cases</i>	72
b. Decidir sem programas de decisão.....	80
c. O paradoxo e o direito internacional	88
3. A AUTOPROIBIÇÃO CONTINGENTE	96
a. A proibição explícita (e sua violação implícita).....	98
b. O preenchimento de lacunas pelo juiz.....	104
c. A distribuição do ônus da prova.....	113
III. DOGMÁTICA JURÍDICA NA SOCIEDADE COMPLEXA.....	121
1. A DOGMÁTICA E SUA FUNÇÃO PARA O DIREITO	121
A. A terceira margem do rio	122
B. Justiça como fórmula de contingência	129
2. A ARGUMENTAÇÃO E O FUTURO DA DOGMÁTICA JURÍDICA	134
a. Neoconstitucionalismo: um subproduto da proibição?	137
b. Uma questão latente: é correto existir resposta?	147
CONSIDERAÇÕES FINAIS	155
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	162

INTRODUÇÃO

A história é conhecida entre os que se debruçaram sobre a vedação do *non liquet*.³ Não se sabe ao certo quantos anos contava Aulo Gélíio quando foi escolhido entre os juízes do *album iudicum*, a lista oficial de juízes em Roma. Mas certamente era um homem muito jovem, com vinte e cinco anos ou pouco mais,⁴ para o caso que tinha diante de si.

Reclamava-se perante o tribunal uma quantidade emprestada e contada. O pedido do demandante, no entanto, era fundamentado apenas em “débeis razões”, ou seja, desacompanhado da apresentação de provas. Não obstante a debilidade do seu pedido, tratava-se de homem honrado. Sua boa-fé era publicamente notória. Inúmeras e brilhantes provas de sua honradez e sinceridade haviam sido apresentadas ao tribunal.

De outro lado, a contraparte era um sujeito associado com frequência à falsidade, fraudes e perfídias. Sua conduta era tachada de suja e vergonhosa. O argumento que apresentava, entretanto, era sólido: o autor precisaria ter demonstrado a apresentação do gasto, dos cálculos das contas, dos registros e dos depoimentos das testemunhas. Sustentava que, sem essas provas, qualquer responsabilidade sua deveria ser eximida – e à parte autora não caberia senão a condenação por calúnia. Alegava, por fim, que não estava diante de um censor de costumes, mas de um juiz privado, que deveria julgar um assunto estritamente pecuniário.

Os homens que formavam o conselho eram, ao contrário de Aulo Gélíio, acostumados ao ofício e experimentados no trabalho forense. Alegando pressa, diziam que

³ Cf. Aulus Gellius, *Noctes Atticae* (s.d) tradução de Francisco Navarro Y Calvo, *Noches Áticas* (1959), Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 169-173. Entre os autores que fazem referência à narrativa, encontramos Gian Antonio Micheli, *L'onere della Prova* (1942), Padova, CEDAM, 16; H. Lévy-Bruhl, *Recherches sur les Actions de la loi* (1960), Paris, Sirey, 221-243; Alfredo Mordechai Rabello, *Non Liqueat: From Modern Law to Roman Law* (1972; 2004) in *Annual Survey of International & Comparative Law* (2004), Vol. 10, Iss. 1, Article 2, 2; Carlos E. Alchourrón, Eugenio Bulygin, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales* (1975, 3ª reimpresión 1998), Buenos Aires, Astrea, 210; Javier Paricio, *Iurare sibi non liquere* (1985) in *Atti del III Seminario Romanistico Gardesano* (1988), Milano, Giuffrè, 415.

⁴ Assim em Javier Paricio, *Iurare sibi non liquere* (1985) in *Atti del III Seminario Romanistico Gardesano* (1988), Milano, Giuffrè, 418 (com base no fato de ser essa a idade mínima prevista na *Lex Iulia de iudiciis privatis*. Embora fosse possível eleger como juiz alguém que tivesse entre vinte e vinte e cinco anos, isso só ocorreria por acordo entre as partes e à margem da lista oficial).

não havia dúvidas no caso e que a ausência de prova jurídica só poderia levar à ausência de responsabilidade. Sugeriam pôr fim ao litígio absolvendo o demandado. O autor das *Noctes Atticae*, porém, não se convencia. Sabia que os componentes do *consilium* eram pessoas muito atarefadas. Mas, de sua parte, não poderia simplesmente declarar sem responsabilidade um homem difamado diante de outro honrado. Decidiu adiar a causa – *iussi igitur diem diffindi* – com base no exame da qualidade pessoal dos litigantes.⁵

Foi consultar-se, então, com Favorino. O filósofo, depois de aprovar os escrúpulos e a prudente lentidão do juiz, ponderou:

“o ponto é ligeiro na aparência (...) mas está cheio de asperezas e rodeios, é um labirinto em que nos perdemos, a não ser que utilizemos vigilante circunspecção.”

Em vez de resposta, Gélcio receberia uma série de perguntas relacionadas à administração da justiça. Mas essas eram questões a serem debatidas noutro dia e com mais tempo. O que o jovem juiz precisava era de um conselho específico. E acabou recebendo-o:

“Aconselho-te conforme a opinião do sábio Catón. Na sua oração por L. Turio contra CN. Gélcio, disse que caso um ponto litigioso não se possa resolver nem pelos registros nem pelas testemunhas, é costume que o juiz busque que parte tem maior probidade; se houver igualdade, dá-se fé ao que nega a dívida, declarando-o isento de responsabilidade. No caso, um é honrado, o outro é um patife. Condena-o, pois.”

O conselho pareceu a Aulo Gélcio ser “digno de um filósofo”. A condenação lhe parecia demasiado atrevida, pouco conveniente à sua idade e à debilidade dos seus conhecimentos. Se, de um lado, considerava grave condenar com apoio somente nos

⁵ A *diffissio* (adiamento) poderia ser feita em dois momentos distintos: ou antes que comesçassem as *actuaciones*, ou uma vez iniciadas essas. Aqui estamos diante da segunda hipótese. O que não se permitia ao juiz era deixar passar o dia sem sentenciar ou sem fazer o adiamento. Nesse caso, poderia assumir o litígio em prejuízo próprio com o *litem suam faciebat*. Nem toda causa poderia levar a *diffissio*. Os casos vinham indicados nas leis judiciárias e no Edito do pretor. No caso descrito por Aulo Gélcio, não se diz exatamente qual o motivo, mas resulta patente que não via, em sua consciência, claro o assunto. Javier Paricio, *Iurare sibi non liquere* (1985) in *Atti del III Seminario Romanistico Gardesano* (1988), Milano, Giuffrè, 419-421.

costumes e não em provas, de outra parte não poderia simplesmente absolver um homem maldito. Jurou, então, que o assunto “não era claro” e pôs fim à questão.

A narrativa de Aulo Gélío não é apenas um documento histórico a respeito da vedação do *non liquet*: também ilustra de modo eficaz algumas das questões enfrentadas no presente trabalho. O tema deste estudo é a dogmática jurídica moderna. Há, no repertório da sociologia jurídica brasileira, pelo menos duas formas de abordá-lo. De um lado, a importante tradição sociológica latino-americana, que se apresenta como uma “hermenêutica libertadora dirigida à racionalidade material e integrada aos problemas empíricos”. De outro, o contraste feito por autores ligados à teoria dos sistemas, ressaltando a função social e identificando um caráter não formalista da dogmática jurídica.⁶ O nosso trabalho tenta oferecer uma contribuição para essa segunda linhagem. Seu problema principal é: como a dogmática jurídica se relaciona com uma de suas exigências centrais, a proibição da denegação de justiça?

Ao verificar a ausência de provas, Aulo Gélío não se limitou a aplicar uma regra de distribuição do ônus para tomar uma decisão. Interessava-lhe perscrutar se, afinal, aquele homem honrado falava a *verdade*. De outra parte, um comportamento associado à *falsidade* inspirava-lhe forte suspeita. O primeiro capítulo deste trabalho procurará mostrar como a dogmática jurídica se afasta desse tipo de preocupação. Seu primeiro passo será recuperar, em breve panorama histórico da dogmática jurídica moderna, a origem dos principais traços característicos desse modo de trabalhar com o material jurídico. Em um passo seguinte, perguntará se a relação da dogmática jurídica com a proibição da denegação de justiça tem sido devidamente abordada nos estudos a seu respeito, procurando identificar abordagens relevantes em algumas obras clássicas do pensamento jurídico ocidental.

Se a primeira seção coloca o problema, a segunda, ainda no primeiro capítulo, começa a enfrentá-lo a partir da perspectiva adotada neste trabalho. O instrumental da teoria dos sistemas conforme desenvolvida por Niklas Luhmann será então mobilizado, com apoio em seu caráter autológico, tanto para agregar conhecimento sobre a questão

⁶ A contraposição, no âmbito da sociologia jurídica latino-americana, é sugerida por Guilherme Leite Gonçalves, *Interpretaciones socio-juridicas de las formas discursivas del derecho en America Latina: una critica postcolonial* (2010), publicado nos anais do XI Congresso Latinoamericano de Sociología Jurídica, Buenos Aires, 3-5.

aqui proposta quanto para observar a teoria mesma. Os conceitos mais disseminados serão deslocados, contudo, para notas de rodapé, numa tentativa de conferir fluidez a uma leitura familiarizada com esse instrumental. Examinaremos então a dogmática jurídica a partir da comparação entre dois dos sistemas da sociedade moderna, o jurídico e o científico. A essa altura poderemos perguntar se é cabível falar, como faz a tradição, em “ciência dogmática” do direito. Partindo da cibernética da observação de segunda ordem, indagaremos se a proibição da denegação de justiça exerce algum papel como elemento distintivo entre comunicações científicas e as comunicações da dogmática jurídica.

O segundo capítulo passará a enfrentar especificamente essa curiosa autoexigência do sistema jurídico: a obrigação de decidir todos os casos. Diante de um estado de dúvida como o de Aulo Gélío, o direito moderno não pode simplesmente jurar o *non liquet*. Na consolidação de sua condição moderna, veremos que ele deixará de admitir, inclusive, a referência ao legislador nos casos que apresentem maior dificuldade. Aproveitando o interesse comparativo da teoria, perguntaremos se outros sistemas, como o econômico e político, enfrentaram situações semelhantes na passagem para uma sociedade funcionalmente diferenciada. Esse estudo será feito a partir de alguns conceitos-chave, escolhidos por conta do seu potencial explicativo não apenas da formação de sistemas com código e função próprios, mas também das diferenças que a proibição da denegação de justiça permite marcar nessa evolução.

Se o direito se notabiliza, como suspeitamos, por ser o único dos sistemas que se obriga a decidir todos os problemas a ele pertinentes, é de se esperar que a sua relação com o problema da decisão seja definida de modo revelador. Aqui um outro interesse da teoria dos sistemas será aproveitado: o interesse por construções paradoxais. Começaremos por verificar, a partir de uma comparação do *non liquet* romano com os *hard cases* da teoria do direito contemporânea, como e sob que circunstâncias o sistema jurídico responde à exigência de decidir todos os casos, mesmo os mais complexos. Essa pergunta poderá nos levar ao paradoxo da decisão indecidível. E o paradoxo deverá conduzir à investigação – como nas perguntas de Favorino – sobre a administração da justiça. Como as organizações jurídicas decidem os casos para os quais o passado do direito não oferece critérios suficientes? Qual o significado lógico-estrutural da necessidade de tomar decisões nesses casos? Buscaremos, então, os debates jurídicos que se formam em torno de decisões tomadas sob essas condições e que, por isso, acabam por se aproximar dos paradoxos do

sistema – mesmo que para tanto precisemos observar uma disciplina peculiar como a do direito internacional.

Ainda no âmbito do estudo a respeito da proibição da denegação de justiça, e após a identificação dos paradoxos, começaremos a verificar como o sistema lida com essas construções paradoxais. Caberá perguntar se uma construção como a proibição da denegação de justiça tem sido realizada pelo direito da sociedade complexa ou se pertence ao direito de forma atemporal. Seria ela um aspecto imanente ao sistema jurídico ou uma contingência do direito moderno? Do ponto de vista da teoria dos sistemas, a questão terá de ser enfrentada a partir das características estruturais da sociedade moderna. É com referência a elas que procuraremos alguns exemplos eloquentes no direito comparado para dar conta do enfrentamento legislativo dessa questão. E também sem abandoná-las observaremos como o direito lida com a necessidade de decidir quando tais previsões legislativas não estão disponíveis.

Feito o exame da dogmática jurídica (no contexto da distinção entre direito e ciência) e da proibição da denegação de justiça (em face do enfrentamento do paradoxo da decisão indecível) chegará o momento de observar a relação entre esses termos. De que modo a dogmática jurídica reage, no exercício de sua função para o direito, à condição de que todos os casos sejam decididos? Veremos que essa questão está ligada à noção de justiça. E perceberemos que a justiça, cuja denegação costuma ser proibida de forma heroica pelo direito, adquire traços visivelmente mais modestos sob a lente da teoria dos sistemas.

A relação da dogmática com a proibição da denegação de justiça poderá nos permitir lançar novas luzes sobre a questão do seu futuro na sociedade complexa. Essa questão será encaminhada a partir da observação de um debate que tem dominado a produção jurídica nacional – e que pode também ele ser lido como um subproduto daquela proibição. Nosso objetivo não será participar desse debate ou oferecer nossa própria contribuição àquela que parece ser a sua distinção mais recorrente: a diferença entre regras e princípios. Tentaremos antes identificar o que há por trás das formulações que cumprem esse papel. Nossos juristas parecem pretender, como Aulo Gélíio, que se recorra a um filósofo nos casos difíceis, ainda que, como os participantes do *consilium*, estejam bastante atarefados com seus próprios afazeres. Como na história do jovem juiz romano, uma coisa é procurar o filósofo, outra bem distinta é de fato adotar seus conselhos. Do ponto de vista

da teoria dos sistemas, interessa saber o alcance e os limites de uma teoria que tem desafiado a dogmática jurídica brasileira.

Por fim, um aviso: este estudo não pretende resolver casos difíceis. Em uma de suas observações a respeito das organizações do sistema científico, Luhmann aponta para o fato de que essas organizações nem sempre favorecem o “caminho contrário” dos projetos que procuram *encontrar problemas* para *soluções conhecidas*. A teoria dos sistemas é resultado de um desses projetos para os quais a pergunta não só é o primeiro passo em direção ao conhecimento, como muitas vezes é o próprio conhecimento.⁷ A tarefa de encontrar problemas para a solução que o direito oferece aos casos difíceis – proibindo, como sempre, a não decisão – poderá parecer pequena a alguém. Mas é possível que Julius Stone não esteja completamente equivocado ao sugerir que essa pequenez indica, em vez de trivialidade, que estamos nos aproximando de uma “estrutura fundamental” do direito.⁸

⁷ A formulação, em contexto distinto, é de Rudolf von Jhering, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung* (1883) tradução, a partir da versão espanhola reduzida, de José Ignacio Coelho Mendes Neto, *A dogmática jurídica* (2013) São Paulo, Ícone, 138.

⁸ Julius Stone, *Non Liqueat and the function of law in the International Community* (1960), in *The British Year Book of International Law 1959* (1960), Oxford, University Press, 124.

I. DIREITO E VERDADE

1. COLOCAÇÃO DO PROBLEMA

Em algum momento do curso de graduação, o estudante de direito encontra-se apto a perceber, com maior ou menor grau de elaboração teórica, dois modos distintos de aproximar-se do seu objeto de estudos. Ele se verá, de um lado, diante de disciplinas que não designam especialidades de escritórios de advocacia, não são objeto do exame da ordem, raramente fazem parte dos editais de concursos públicos e poucas vezes têm os nomes dos seus principais teóricos lembrados em votos dos tribunais. Disciplinas que, por essas características, são muitas vezes tachadas de obstáculos injustificados ao início do “verdadeiro” curso de direito. Em uma formulação disseminada nas faculdades brasileiras, essas são disciplinas “zetéticas”⁹, dentre as quais figuram a sociologia, a filosofia e a história do direito.

Mas há, de outro lado, um grupo de disciplinas que, sem compartilhar dessas características, nem por isso deixam de sofrer ataques rigorosos. Os alunos que a elas se dedicam não raro são flagrados com livros e apostilas de caráter científico duvidoso. Seu estudo muito intenso parece ser o responsável pelo desenvolvimento de uma linguagem peculiar, que progressivamente afasta o aluno de direito dos seus colegas de outros cursos e daqueles que se esforçam para expressar-se no vernáculo. Esse modo de colocar-se diante do fenômeno jurídico, a “dogmática jurídica”, tem sido entendido como o campo dedicado à interpretação e à sistematização das normas jurídicas, por exemplo, do direito civil ou do direito tributário. Muitos consideram ser precisamente esse caráter dogmático a nota distintiva de sua “ciência”. Antes de explorar o alcance dessa afirmação, estudaremos como, quando e por que surge uma “ciência” dogmática do direito.

⁹ Ver Tercio Sampaio Ferraz Jr., *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação* (1988, 5ª ed. 2007), São Paulo, Atlas, 44-47 (apoiando-se em Theodor Viehweg).

a. Como, quando e por que surge uma “ciência” dogmática do direito?

O recurso ao termo ciência se justifica, num primeiro momento, por conta de tradição já consumada quando o problema do estatuto teórico da dogmática jurídica se põe.¹⁰ Nosso objetivo, no capítulo seguinte, será questionar se o seu uso permanece adequado nas condições da sociedade moderna, notadamente tendo em vista a exigência da proibição da denegação de justiça. Passo anterior inevitável é aproximar-se daquilo que se entende modernamente por dogmática jurídica. Essa aproximação será feita por meio de um panorama histórico do seu desenvolvimento, em seus encontros e desencontros com a “ciência” do direito.¹¹ O recorte temporal do objeto e a sua delimitação a temas que serão reconstruídos nas seções seguintes a partir da teoria dos sistemas pretende mitigar algumas das complexidades associadas às pesquisas históricas pelo menos desde a Escola de Cambridge.¹²

Nosso objetivo, portanto, é menos aprofundar o entendimento da dogmática jurídica como um conceito histórico que indicar, através de breve panorama, as principais características de sua concepção moderna. Ainda que suas linhas mestras tenham surgido no século XIX,¹³ o conceito de dogmática jurídica não aparece em um “vácuo histórico”.¹⁴

¹⁰ Basta notar que um autor como Ferraz Jr., que produziu alguns dos mais importantes estudos realizados no Brasil sobre a dogmática jurídica, insiste no uso do termo “ciência do direito”. cf. Tercio Sampaio Ferraz Jr., *A ciência do direito* (1977, 2010), São Paulo, Atlas; Tercio Sampaio Ferraz Jr., *Função social da dogmática jurídica* (1980), São Paulo, Revista dos Tribunais; Tercio Sampaio Ferraz Jr., *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação* (1988, 5ª ed. 2007), São Paulo, Atlas, 83-92 (sobre o estatuto teórico da ciência dogmática do direito).

¹¹ Esse panorama não deve ser entendido como uma cadeia de capítulos revolucionários, deixando-se mais bem representar por um círculo concêntrico que se aprofunda em torno dos mesmos problemas. Ver, em sentido semelhante, Zuleta Puceiro, *Paradigma dogmático y ciencia del derecho* (1981), Madrid, Editoriales de derecho reunidas, 5-6 (apresentando também a dogmática como um “conceito histórico” [13-14]).

¹² Ver, entre outros, David Harlan, *Intellectual history and the return of literature*, in *The american historical review* 94 (1989), 581-609 (sobre a tensão entre reconstruir o passado e deixar o presente interrogá-lo). Para uma retomada clássica do debate historiográfico, mais próxima do direito (sobretudo norte-americano), ver William W. Fisher, *Texts and contexts: the application to american legal history of the methodologies of intellectual history* (1997), *Stanford Law Review*, vol. 49, n. 5, 1065-1110 (apresentando as escolas do estruturalismo, contextualismo, textualismo e novo historicismo).

¹³ Cf. Raffaele De Giorgi, *Scienza del diritto e legittimazione* (1979; 1998), Bari, Pena Multimedia; Tercio Sampaio Ferraz Jr., *Função social da dogmática jurídica* (1980), São Paulo, Revista dos Tribunais. Essas obras, por estarem razoavelmente afinadas aos escritos de Luhmann (ainda que sem incorporar os seus conceitos mais recentes e mesmo que combinando as formulações luhmannianas com outras perspectivas teóricas) guiarão as considerações do presente tópico, não obstante ter este mapeamento inicial menor preocupação em antecipar os pressupostos da teoria dos sistemas. Contribuições úteis de outros autores serão,

Apropria-se, na verdade, das semânticas preexistentes. Fugiria ao escopo do presente trabalho, contudo, investigar as raízes filosóficas da dogmática jurídica,¹⁵ bastando, para seus propósitos, apontar alguns dos antecedentes jurídicos de sua concepção moderna.

O princípio da proibição da negação dos pontos de partida das séries argumentativas, isto é, a atitude tipicamente dogmática de não questionar as premissas da argumentação, surge modernamente com o trabalho realizado a partir dos textos dos *digestos* justinianeus em Bolonha, no século XI. Como é de amplo conhecimento, a Escola de Bolonha, de origem laica, tida como a mais antiga universidade europeia, reuniu na Idade Média estudantes de toda a Europa, atraídos pelo estudo de textos recentemente “descobertos”.¹⁶ Esses textos gozavam de autoridade, no sentido de que não eram questionados, mas aceitos como base indiscutível do direito, e submetidos a uma técnica que se caracterizava pela glosa gramatical e filológica.¹⁷

A tentativa de atribuir o caráter de uma ciência à teoria jurídica e à dogmática ocorreria, pela primeira vez, com as teorias do direito natural. Essa escola teve como

naturalmente, incorporadas ao longo do texto. Também situando o surgimento da dogmática jurídica moderna no século XIX, Carlos E. Alchourrón, Eugenio Bulygin, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales* (1975, 3ª reimpresión 1998), Buenos Aires, Astrea, 90.

¹⁴ Ver Orlando Villas Bôas Filho, *A historicidade da dogmática jurídica: uma abordagem a partir da Begriffsgeschichte de Reinhart Koselleck* in José Rodrigo Rodríguez, Carlos Eduardo Batalha da Silva e Costa, Samuel Rodrigues Barbosa, *Nas fronteiras do formalismo: a função social da dogmática jurídica hoje* (2010), Saraiva, São Paulo, 49.

¹⁵ O problema da dogmática como ciência se põe inicialmente com a tradição racionalista. O racionalismo clássico, que teve em Descartes um de seus principais representantes, apresentou um método de conhecimento dedutivo, inspirado na matemática, pelo qual seria possível deduzir logicamente, da validade de proposições primitivas evidentes, proposições científicas imunes a dúvidas. Kant, cujo pensamento inspiraria parte dos juristas citados na presente subseção, tentaria conjugar a tradição racionalista com a empirista, trasladando o centro de atenção do objeto para o sujeito a partir de uma ideia de razão universal. Para a compreensão da relação da dogmática com a ciência moderna são válidas, ainda, duas referências adicionais: o justificacionismo falsacionista de Popper, que abandona a ideia de justificar o próprio critério de verdade e, principalmente, a categoria da “matriz disciplinar” de Kuhn, com a visão de que o dogma desempenha um papel importante na investigação científica, cujas proposições têm um sistema de controle da validade baseado em um conjunto de valores sustentados na comunidade científica. Cf. Manuel Garcia Morente, *Fundamentos de filosofía* (1943; 8ª ed. 1980), São Paulo, Editora Mestre, 167-276; Zuleta Puceiro, *Paradigma dogmático y ciencia del derecho* (1981), Madrid, Editoriales de derecho reunidas, 9; Albert Calsamiglia, *Introducción a la ciencia jurídica* (1988), Barcelona, Ariel Derecho, 22 e ss.; Carlos E. Alchourrón, Eugenio Bulygin, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales* (1975, 1998), Buenos Aires, Astrea, 81-90.

¹⁶ Esses textos incluíam, além do *Corpus Juris Civilis*, de Justiniano, o *Decretum* de Graciano, de 1140, bem como as fontes eclesiásticas que formavam os cânones. Sobre a formação do protótipo da ciência jurídica moderna como o resultado de um conjunto de circunstâncias situadas entre os séculos XI e XII, ver Harold J. Berman, *Law as revolution: the formation of western legal tradition* (1983), Cambridge, Harvard University Press.

¹⁷ Cf. Tercio Sampaio Ferraz Jr., *Função social da dogmática jurídica* (1980), São Paulo, Revista dos Tribunais, 31-35.

conquista epistemológica mais consistente, no sentido de uma tradição que passa por Galileu e Descartes, a construção da noção de sistema.¹⁸ A construção sistemática pode ser tipicamente exemplificada na obra de Samuel Pufendorf, que dá um caráter de sistema ao processo de secularização do direito natural iniciado com Grotius e Hobbes. A teoria jurídica europeia, até então uma teoria da exegese e da interpretação de textos singulares, passa a ser elaborada a partir de premissas cuja validade repousa na generalidade racional, sem romper com o caráter de um pensamento dogmático.¹⁹

A abertura do século XVIII para o século XIX representa também a passagem para um período de forte influência do paradigma kantiano no pensamento jurídico. O autor mais significativo dessa transição é Gustav Hugo. Sua obra se propõe a conceber o direito positivo como fenômeno histórico, distinguindo a “ciência” do direito (história do direito) da dogmática jurídica (espécie de continuação da pesquisa histórica com outros instrumentos). Junto a um direito espontâneo, derivado da opinião dominante em um povo sobre a verdade jurídica, se desenvolve o direito estatal, produto da autoridade e do poder institucionalizado e inacessível para a análise científica.²⁰ Tal concepção, que deixa de ver no direito positivo um desdobramento dedutivo da razão, se aprofundaria na conversão metodológica operada por Karl von Savigny.²¹

Com efeito, a partir de Savigny – sem embargo dos desenvolvimentos posteriores realizados por Georg Friedrich Puchta e Rudolf von Jhering – o sistema jurídico passa a se fundamentar na positividade. A “ciência” jurídica assume então a tarefa de explicar a

¹⁸ Assim em Raffaele De Giorgi, *Scienza del diritto e legittimazione* (1979; 1998), Bari, Pena Multimedia, 12. Cabe esclarecer, desde logo, que a noção de sistema como organização do material jurídico de caráter lógico-demonstrativo não se confunde com a dos sistemas sociais observados pela teoria dos sistemas (um conjunto de operações – veremos mais tarde – dotadas de determinadas características que as fazem se interligar entre si e implicam estruturas que se articulam em processos específicos). O pensamento sistêmico, surgido no campo da astronomia e da música, estava presente, no século XVII, tanto na ciência do direito como na teologia e na filosofia. Sua expansão guardou relação com a exigência, de um lado, de organização de sistemas analíticos a partir de elementos internos, sem que isso acarretasse, de outro lado, a perda de liberdade na disposição dos arranjos dessa organização. Concebido, pois, como um meio de ordenamento e classificação, o sistema passa a ser entendido como um modo de assegurar e fundamentar o conhecimento diante da contingência e da exigência de certeza. Cf. Niklas Luhmann. *Rechtssystem und Rechtsdogmatik* (1974). Stuttgart, Kohlhammer Urban-Taschenbücher, 11-12.

¹⁹ Cf. Tercio Sampaio Ferraz Jr., *Função social da dogmática jurídica* (1980), São Paulo, Revista dos Tribunais, 44.

²⁰ Cf. Zuleta Puceiro, *Paradigma dogmático y ciencia del derecho* (1981), Madrid, Editoriales de derecho reunidas, 67.

²¹ Ver Raffaele De Giorgi, *Scienza del diritto e legittimazione* (1979; 1998), Bari, Pena Multimedia, 22.

racionalidade interna do direito positivo, organizando a matéria jurídica em um sistema no qual os princípios do direito positivo constituem as premissas de onde se deriva cada uma das abstrações jurídicas. Todo sistema, afirma Savigny, nos leva à filosofia, mas o conhecimento filosófico prévio sequer é imprescindível para o jurista. A apresentação de um sistema meramente histórico conduz a uma unidade, a um ideal sobre o qual se funda.²²

Na obra do jurista alemão, o sistema adquire uma qualidade contingente. Já não é a verdade, mas o direito positivo, que fundamenta o direito. Opera-se a separação dogmática entre “direito” (regulação geral e abstrata imbuída de coercibilidade) e “vida” (realidade histórica por excelência).²³ A fase madura do seu pensamento traz, ainda, a substituição da lei pela “convicção comum do povo” como fonte originária do direito.²⁴ Ao lado da história do direito, e dela se destacando, surge a dogmática jurídica como uma teoria do direito vigente. Se a intuição aparece como o único instrumento de captação adequada da totalidade representada pelos institutos jurídicos, o pensamento conceitual lógico-abstrato revela-se necessário para sua explicitação.

O pensamento conceitual lógico-abstrato acentua-se com Puchta e sua “pirâmide de conceitos”. Mas esse autor procura se desvencilhar da epistemologia de Savigny ao detectar o princípio da racionalidade *no* direito, isto é, em uma necessidade natural interna da estrutura de suas abstrações. Esse princípio é a afirmação da autonomia do aparato conceitual do direito positivo, aparato que constituiria, na visão do autor, um organismo cujas partes estão ligadas conforme relações de natureza lógica. Puchta isola o universo da ciência como universo puramente metodológico e o direito, objeto da ciência, como sistema racional que subjaz a uma necessidade interna de natureza lógica.

No pensamento de Puchta, o direito, como objeto da ciência, está condicionado imediatamente pela instância material: surge da liberdade. É dela que extrai seu

²² Karl von Savigny, *Metodología jurídica* (2004) Buenos Aires, Valletta Ediciones, 61-64. A noção do sistema jurídico como totalidade estaria presente desde essa primeira fase do pensamento do autor até o *Sistema do direito romano atual*. Assim em Zuleta Puceiro, *Paradigma dogmático y ciencia del derecho* (1981), Madrid, Editoriales de derecho reunidas, 70 (dividindo as ideias de Savigny em três fases)

²³ Zuleta Puceiro, *Paradigma dogmático y ciencia del derecho* (1981), Madrid, Editoriales de derecho reunidas, 86.

²⁴ Karl von Savigny, *System des heutigen römischen Rechts* (1849), tradução de Jacinto Mesía e Manuel Poley, *Sistema del derecho romano actual* (1878), Tomo I, Madrid, F. Góngora y Compañía Editores, 29. (“Si preguntamos ahora cuál es el sujeto, en cuyo seno tiene su realidad el derecho positivo, encontraremos que este sujeto es el pueblo. En la conciencia común de éste, vive el derecho positivo, por lo cual puede ser llamado derecho del pueblo”.)

fundamento – e não da razão, como no apriorismo jusnaturalístico. Essa relação entre matéria e abstração, captada até então em sua imobilidade, será historicizada por Jhering. O autor considera o peso da determinação da matéria sobre a forma jurídica apenas no primeiro estágio evolutivo dessa forma, que depois se emanciparia por obra da ciência jurídica, entendida como atividade produtora de formas de repressão da instância material.²⁵ Sem dispor de uma teoria dinâmica do ordenamento jurídico, contudo, Jhering se viu obrigado a limitar o universo do discurso científico à contingência já produzida.²⁶

Uma teoria dinâmica desse tipo será elaborada por Hans Kelsen, autor que encerra o ciclo kantiano ora reconstituído. Sua proposta está baseada na distinção entre duas categorias do conhecimento humano: ser (mundo da natureza) e dever-ser (mundo das normas). O universo jurídico será isolado como universo do dever-ser, como “técnica específica de organização social”, cujos significados qualificam objetivamente fatos e eventos do mundo natural. O direito regula sua própria produção e aplicação. Seu sistema normativo tem como fundamento de validade uma norma cuja validade mesma não pode derivar de outra norma. À ciência jurídica, resta conhecer o direito – “*de fora, por assim dizer*”²⁷ – e descrevê-lo com base no seu conhecimento.

Esse mapeamento inicial deve incluir um autor que, sem abordar diretamente o tema da dogmática jurídica, tornou-se relevante para a compreensão de um debate atual na doutrina brasileira.²⁸ Partindo de tradição diversa, e incorporando ao direito a virada

²⁵ Na formulação sintética de Jhering: “Quando o jurista surge na história, o direito já passou o período da infância e da inocência”. Rudolf von Jhering, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung* (1883) tradução, a partir da versão espanhola reduzida, de José Ignacio Coelho Mendes Neto, *A dogmática jurídica* (2013) São Paulo, Ícone, 73.

²⁶ Nos termos da semântica mais recente da teoria dos sistemas, introduzida adiante, a instância material constituiria o obstáculo da heterorreferência e a abstração, indiferença seletiva com relação ao ambiente. Cf. Raffaele De Giorgi, *Poscritto in Scienza del diritto e legittimazione* (1970; 1998) Bari, Pena Multimedia, 263-265.

²⁷ Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre* (1934, 2ª ed. 1960) tradução de João Baptista Machado *Teoria Pura do Direito* (1985; 7ª ed. 2006), São Paulo, Martins Fontes, 81.

²⁸ Escaparia aos propósitos deste tópico uma recuperação exaustiva do caminho percorrido pela dogmática jurídica no país até o debate analisado no último capítulo. Mas vale apontar que o seu surgimento não esteve apartado do processo de positividade, ainda que seu desenvolvimento estivesse relacionado à “infiltração” na lei portuguesa de uma “sensibilização” tipicamente nacional. cf Irineu Strenger, *Da Dogmática Jurídica: Contribuição do Conselheiro Ribas à Dogmática do Direito Civil Brasileiro* (1964), São Paulo, Imprensa Oficial do Estado, 31-56; ver também Alípio Silveira, *O fator político-social na Interpretação das Leis*, (1946), São Paulo; do mesmo autor, *Hermenêutica no Direito Brasileiro* (1968), São Paulo, Editora Revista dos Tribunais; Ver ainda Marcelo Neves, *Entre Hidra e Hércules: Princípios e regras constitucionais* (2013), São Paulo, Martins Fontes, 174-175 (para referências da argumentação

linguística ocorrida na filosofia,²⁹ H. L. A. Hart distingue duas possibilidades de relacionamento do indivíduo com as normas: como um mero observador, que não as aceita ele próprio (ponto de vista externo) ou como membro do grupo que as aceita e utiliza como padrão para avaliação da conduta alheia e da sua própria (ponto de vista interno). Ao permitir a observação, em sistemas complexos, também do ponto de vista interno, a diferença entre normas primárias e secundárias ganharia uma dimensão central no sistema jurídico.³⁰ Os enunciados de validade jurídica feitos por juristas a respeito de normas específicas não são proposições verdadeiras *a priori*, mas enunciados internos que implicam certos pressupostos, notadamente a regra de reconhecimento.³¹ O direito responde à contingência com uma *ultimate rule* que é descrita como fato pelo teórico geral e aceita como padrão avaliativo pelo jurista, sem que aquele possa ignorar a perspectiva deste em sua descrição.

Como veremos no último capítulo, um debate com implicações no Brasil volta a problematizar uma das principais exigências da dogmática jurídica moderna inaugurada por Savigny: a adesão ao direito positivo.³² Diante da intensidade das faíscas produzidas,

principiológica na história da dogmática jurídica brasileira) e Luiz Felipe Rosa Ramos, Osny da Silva Filho, Orlando Gomes (2015), São Paulo, Elsevier.

²⁹ Assim em Ronaldo Porto Macedo Junior, *Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea* (2013), São Paulo, Saraiva, 54. Interessante notar que um autor como Jhering já trazia observações ancoradas na linguística, sem que isso signifique, por óbvio, incorporação do movimento filosófico citado. Rudolf von Jhering, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung* (1883) tradução, a partir da versão espanhola reduzida, de José Ignacio Coelho Mendes Neto, *A dogmática jurídica* (2013) São Paulo, Ícone, 17 (“podemos considerar o que ocorre com as leis da linguagem. Milhares de pessoas aplicam todos os dias essas leis das quais jamais ouviram falar e das quais mesmo o sábio nem sempre tem plena consciência, mas aquilo que falta ao entendimento é suprido pelo instinto gramatical”). Referências à hermenêutica filológica também se encontram em Karl von Savigny, *System des heutigen römischen Rechts* (1849), tradução de Jacinto Mesía e Manuel Poley, *Sistema del derecho romano actual* (1878), Tomo I, Madrid, F. Góngora y Compañía Editores, 185.

³⁰ Cf. H. L. A. Hart, *Concept of Law* (1961), tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara, *o Conceito de Direito* (2009) São Paulo, Martins Fontes, 103-128.

³¹ H. L. A. Hart, *Concept of Law* (1961), tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara, *o Conceito de Direito* (2009) São Paulo, Martins Fontes, 139. Em um sistema complexo, a regra de reconhecimento, equivalente funcional da norma fundamental kelseniana (embora de natureza distinta) apresenta-se igualmente complexa: “num sistema jurídico moderno, no qual existem várias ‘fontes do direito’, a norma de reconhecimento é correspondentemente mais complexa: os critérios para identificar a norma jurídica são múltiplos e geralmente incluem uma constituição escrita, a promulgação pelo legislativo e precedentes judiciais”. H. L. A. Hart, *Concept of Law* (1961), tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara, *o Conceito de Direito* (2009) São Paulo, Martins Fontes, 130.

³² Para um exame da adesão dogmática ao direito positivo, ver Carlos Santiago Nino, *Introducción al análisis del derecho* (1980), tradução de Elza Maria Gasparotto, *Introdução à análise do direito* (2010, 2ª tiragem 2013), São Paulo, Martins Fontes, 379-386. Sobre o pioneirismo de Savigny nesse assunto, Zuleta Puceiro, *Paradigma dogmático y ciencia del derecho* (1981), Madrid, Editoriales de derecho reunidas, 66-71. Com indicações da problematização dessa exigência, por sua vez, Cf. Luis Roberto Barroso; Ana Paula de

uma opção é o direcionamento da vista ofuscada para temas ainda pouco iluminados. Eventualmente, essa estratégia poderá agregar, inclusive, novas perspectivas ao debate instaurado. A relação entre a dogmática jurídica e uma segunda exigência central do direito moderno – a proibição da denegação de justiça – é um desses temas que permanecem obscuros.

b. Conhecer e decidir: o que dizem os clássicos?

A reconstituição das origens e da tradição da chamada “ciência” dogmática do direito, realizada no tópico anterior, sinaliza que a compreensão da dogmática jurídica moderna como um modo específico de conceber o direito tem sido realizada principalmente a partir da observação do enfrentamento da contingência pela adesão ao direito positivo. As obras que orientaram o panorama dedicam menor atenção ao fato de que a dogmática jurídica é produzida não simplesmente sob uma orientação prática, mas premida por um sistema que *necessariamente* tem de apresentar resposta a todas as demandas a ele submetidas.³³

Não parece haver dúvida de que a interpretação e sistematização do material jurídico constituem, historicamente, parte importante dessa “ciência”. Pode-se discutir, e de fato se tem discutido desde o início, os limites que constroem o jurista como artífice dessa construção, se ele deve se limitar a uma descrição sistematizada do trabalho legislativo, se cabe ao doutrinador apresentar propostas ou corrigir por si próprio os equívocos identificados - mas, nos quadros de uma dogmática clássica, a importância de uma elaboração sistemática raramente é negada. Alguma medida do interesse prático dessa

Barcellos. *O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro* in José Adércio Leite Sampaio (Coord.) *Crise e desafios da Constituição* (2004), Belo Horizonte, Del Rey, 2 e Carlos Ari Vieira Sundfeld, *Princípio é preguiça?* in Ronaldo Porto Macedo Jr., Catarina Helena Cortada Barbieri (orgs.) *Direito e interpretação: racionalidades e instituições* (2011), São Paulo, Saraiva, 289. Sobre essa consequência do pragmatismo, ver também Luis Fernando Shuartz, *Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem* in Ronaldo Porto Macedo Jr., Catarina Helena Cortada Barbieri (orgs.) *Direito e interpretação: racionalidades e instituições* (2011), São Paulo, Saraiva, 406 (referindo-se, sobretudo, a Richard Posner).

³³ Pode-se sustentar que a obra de Ferraz Jr., ao entender a decidibilidade de conflitos como “problema central” da “ciência” dogmática do direito, constitui uma exceção. Seu posicionamento, entretanto, não é claro sobre o papel que cumpre, na dogmática moderna, a necessidade de decidir *todos* os casos. Desde ponto de vista sustentado nesse trabalho, o reconhecimento da relevância da proibição da denegação de justiça é uma das razões que tornam inapropriado falar em “ciência” dogmática do direito. Cf. Tercio Sampaio Ferraz Jr., *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação* (1988, 5ª ed. 2007), São Paulo, Atlas, 88-91 (entendendo que, ao ocupar-se “com a oportunidade de *certas decisões*”, tendo em vista aquilo que deve ser direito, o problema da “ciência do direito” não é propriamente uma questão de verdade, mas de decidibilidade).

atividade também costuma ser reconhecida: os juristas estão preocupados, afinal, em descobrir ou propor as soluções que o direito estabelece para os casos jurídicos.

As perguntas do presente trabalho são, contudo, de caráter diverso. Interessa-nos perguntar se esses traços básicos seriam suficientes para apreender a especificidade da dogmática jurídica moderna. O reconhecimento da positividade do direito e do seu caráter prático, orientado à solução de problemas, é bastante para que se tenha um quadro preciso das exigências que conformam essa atividade? O presente tópico procura identificar em alguns dos documentos mais importantes do pensamento jurídico ocidental os primeiros passos na direção de respostas a essas indagações.

O *Sistema do direito romano atual*, obra madura de Savigny, distingue a interpretação – como ato de natureza intelectual que antecede à decisão – da aplicação, assimilada à vontade ou a justificações não racionais. Ainda que sugira “maior importância” à dimensão prática,³⁴ o livro não trata teoria e prática do direito como momentos opostos ou isolados:

“Pelo dito, se vê claramente o quanto é falsa a opinião que considera teoria e prática do direito como coisas diversas e opostas. Sem dúvida que o teórico e o prático têm cada um suas funções, e que a aplicação que eles fazem de seus conhecimentos é diferente; mas seguem uma mesma ordem de ideias, seus estudos devem ser os mesmos, e ninguém pode exercer dignamente nem uma nem outra profissão sem a consciência de sua identidade”.³⁵

Dessa forma, a “ciência do direito” teria como nota original o entrelaçamento da teoria com a prática, com mútua influência positiva, ainda que resguardando suas próprias “funções” (Savigny chega a apontar que a prática muitas vezes teria salvado a teoria de

³⁴ Karl von Savigny, *System des heutigen römischen Rechts* (1849), tradução de Jacinto Mesía e Manuel Poley, *Sistema del derecho romano actual* (1878), Tomo I, Madrid, F. Góngora y Compañía Editores, 77.

³⁵ Karl von Savigny, *System des heutigen römischen Rechts* (1849), tradução de Jacinto Mesía e Manuel Poley, *Sistema del derecho romano actual* (1878), Tomo I, Madrid, F. Góngora y Compañía Editores, 27.

“uma decadência completa”³⁶). À ciência caberia particularizar a *relação jurídica*, discernir as regras que dominam o direito e afastar as incertezas que obscurecem os elementos *da decisão*.³⁷

A percepção dessa característica original da “ciência” jurídica ganha contornos interessantes quando se observa o papel que o autor atribui ao juiz. Para Savigny, o juiz está *sempre* obrigado a decidir. A razão dessa obrigação, contudo, o precursor da “ciência” dogmática positivista buscará na “natureza mesma” das funções judiciais:

“Assim que podemos estabelecer como princípio que, *pela natureza de suas funções*, o juiz está sempre obrigado a dar um sentido à lei mais obscura *e a decidir* conforme a este sentido, da mesma maneira que a maior incerteza que possam oferecer os fatos de um processo não dispensam nunca de pronunciar sentença. Sob esse ponto de vista não há, por consequência, diferença essencial entre os dois elementos de um juízo: o fato e a regra de julgamento”.³⁸

Em seu tratado maior a respeito do *Espírito do direito romano*,³⁹ Jhering apresenta a *doutrina* como uma atividade aplicada ao direito positivo que estuda e dá a conhecer as disposições e consequências do direito vigente. Se a necessidade prática imediata levaria apenas ao conhecimento das regras jurídicas, a sua construção *científica*, por outro lado, permitiria elevar-se a partir dessas regras até o descobrimento do “*alfabeto jurídico*”.⁴⁰ A

³⁶ Karl von Savigny, *System des heutigen römischen Rechts* (1849), tradução de Jacinto Mesía e Manuel Poley, *Sistema del derecho romano actual* (1878), Tomo I, Madrid, F. Góngora y Compañía Editores, 72.

³⁷ Karl von Savigny, *System des heutigen römischen Rechts* (1849), tradução de Jacinto Mesía e Manuel Poley, *Sistema del derecho romano actual* (1878), Tomo I, Madrid, F. Góngora y Compañía Editores, 75.

³⁸ Karl von Savigny, *System des heutigen römischen Rechts* (1849), tradução de Jacinto Mesía e Manuel Poley, *Sistema del derecho romano actual* (1878), Tomo I, Madrid, F. Góngora y Compañía Editores, 159 (grifei).

³⁹ Rudolf von Jhering, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung* (1883) tradução, a partir da versão espanhola reduzida, de José Ignacio Coelho Mendes Neto, *A dogmática jurídica* (2013) São Paulo, Ícone. Apesar de tomar como fonte material o direito romano, a obra aspira a uma descrição do método universal do direito. Nesse sentido, Zuleta Puceiro, *Paradigma dogmático y ciencia del derecho* (1981), Madrid, Editoriales de derecho reunidas, 12.

⁴⁰ Rudolf von Jhering, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung* (1883) tradução, a partir da versão espanhola reduzida, de José Ignacio Coelho Mendes Neto, *A dogmática*

jurisprudência como “ciência do direito” nasce da prática e retorna a ela, o que não a impede de percorrer longo caminho:

“As ciências naturais realizam as descobertas mais fecundas para a vida tratando de questões e investigações que não prometiam grandes retornos na prática. Porém, quanto mais se isolam da vida, melhor a servem. O mesmo acontece frequentemente com a jurisprudência, que às vezes faz suas mais belas descobertas em regiões completamente distintas da prática. Ainda que os jurisconsultos romanos nos tivessem ensinado unicamente que a jurisprudência, para ser praticável, não deve limitar-se apenas às questões práticas, a proclamação dessa única doutrina já deveria assegurar-lhes nosso eterno reconhecimento”.⁴¹

A “ciência” do direito teria o papel de decompor em definições simples as regras de direito propostas. Por meio das definições, seria possível reconstituir essas mesmas regras, bem como ampliar e engrandecer o direito em virtude de suas próprias “forças intrínsecas”.⁴² Seu ponto de partida está nos *conceitos*. A construção da “ciência” jurídica é, portanto, e ao contrário da doutrina, uma operação que cria, inventa e organiza, para além dos “limites estreitos” da lei:

“Assim, o sistema abre à ciência um campo imenso de atividade, uma mina inesgotável de investigações e descobertas e uma fonte de gozos intelectuais dos mais vivos. Os limites estreitos da lei

jurídica (2013) São Paulo, Ícone, 30. Esse alfabeto não está acessível “a qualquer sapateiro ou alfaiate”, na resposta provocativa de Jhering ao comentário de Hegel em sua *Filosofia do Direito*. Cf. [74-79]. Vale notar que, mesmo em suas críticas maduras ao pensamento sistemático, Jhering não criticaria o papel dos conceitos como instrumentos de trabalho. Cf. Niklas Luhmann. *Das Recht der Gesellschaft* (1993). Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag. Ver também Robert Alexy, *Theorie der Juristischen Argumentation* (1983; 1991), Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 311 (descrevendo as três tarefas da dogmática jurídica – análise lógica dos conceitos jurídicos, síntese dessa análise em um sistema e o emprego dos seus resultados para justificar decisões jurídicas – assim como as críticas desde Jhering).

⁴¹ Rudolf von Jhering, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung* (1883) tradução, a partir da versão espanhola reduzida, de José Ignacio Coelho Mendes Neto, *A dogmática jurídica* (2013) São Paulo, Ícone, 139.

⁴² Rudolf von Jhering, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung* (1883) tradução, a partir da versão espanhola reduzida, de José Ignacio Coelho Mendes Neto, *A dogmática jurídica* (2013) São Paulo, Ícone, 27.

positiva não impõem limites aos seus domínios, nem as questões práticas imediatas traçam os caminhos que ela deve seguir.”

E continua o autor da *Luta pelo Direito*:

“Livre e sem travas, o espírito pode, como na filosofia, inquirir e procurar de um lado e do outro sem medo de perder-se, pois a natureza prática do mundo no qual ele se move o levará à realidade das coisas. Chegando a ela, ele terá a satisfação de ter feito algo mais que responder a uma necessidade puramente individual e conseguirá não o prazer simples de um alto gozo intelectual, mas algo mais precioso para o mundo e para a humanidade”.⁴³

A obra de Jhering não considera expressamente a vedação do *non liquet* como um elemento importante para a compreensão da dogmática jurídica moderna. Mas a íntima relação entre vínculo e liberdade, a conexão entre a criação de condições para a resolução de problemas práticos e abstração já estão ali presentes. Para apontar as coações a que o espírito, a despeito de seu voo “livre e sem travas”, está constrangido, parece-lhe suficiente a referência à necessidade factual de se mover em um mundo de natureza prática. Afinal, como já observa o jurista alemão, “a necessidade é inventora”.⁴⁴

A obrigatoriedade da decisão aparecerá, em sua contingência, na obra mais conhecida de Kelsen:

“Ao juiz é conferida competência (isto é, ele tem o poder jurídico, que pelo Direito lhe é atribuído, a ele próprio e a mais ninguém) para aplicar uma pena sob determinadas condições. Ele pode

⁴³ Rudolf von Jhering, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung* (1883) tradução, a partir da versão espanhola reduzida, de José Ignacio Coelho Mendes Neto, *A dogmática jurídica* (2013) São Paulo, Ícone, 141.

⁴⁴ Rudolf von Jhering, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung* (1883) tradução, a partir da versão espanhola reduzida, de José Ignacio Coelho Mendes Neto, *A dogmática jurídica* (2013) São Paulo, Ícone, 132.

também ser obrigado – *embora não tenha necessariamente de o ser* – a aplicar esta pena”.⁴⁵

O fato de dispor de uma teoria da dinâmica jurídica,⁴⁶ que tem na validade o seu conceito central, permite ao teórico austríaco perceber que a obrigação *jurídica* de decidir depende de uma construção do *direito*. Em passagem ainda mais clara da sua Teoria Pura do Direito:

“Quando os indivíduos com poder (competentes) para *criar ou aplicar* normas jurídicas são juridicamente *obrigados a exercer a sua competência* e, assim, são também sujeitos jurídicos (no sentido tradicional) – *o que, no entanto, se não tem necessariamente de verificar* e, pelo que respeita aos órgãos legislativos, nunca se verifica –, as relações entre indivíduos e os indivíduos a quem as normas por ele criadas ou aplicadas impõem deveres ou conferem direitos são, na verdade, relações entre sujeitos jurídicos”.⁴⁷

A “ciência” jurídica, por outro lado, apenas descreve as normas jurídicas – sem, no entanto, limitar-se a repeti-las - e estabelece as suas possíveis significações.⁴⁸ Diferentemente da interpretação feita por órgãos jurídicos, a interpretação científica não é vista como apta a criar direito:

“A ideia de que é possível através de uma interpretação simplesmente cognoscitiva, obter Direito novo, é o fundamento da chamada jurisprudência dos conceitos, que é repudiada pela Teoria

⁴⁵ Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre* (1934, 2ª ed. 1960) tradução de João Baptista Machado *Teoria Pura do Direito* (1985; 7ª ed. 2006), São Paulo, Martins Fontes, 132 (grifei)

⁴⁶ “(...) podemos distinguir uma teoria estática e uma teoria dinâmica do Direito. A primeira tem por objeto o Direito como um sistema de normas em vigor, o Direito no seu momento estático; a outra tem por objeto o processo jurídico em que o Direito é produzido e aplicado, o Direito no seu movimento. Deve, no entanto, observar-se, a propósito, que este mesmo processo é, por sua vez, regulado pelo Direito”. Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre* (1934, 2ª ed. 1960) tradução de João Baptista Machado *Teoria Pura do Direito* (1985; 7ª ed. 2006), São Paulo, Martins Fontes, 79-80.

⁴⁷ Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre* (1934, 2ª ed. 1960) tradução de João Baptista Machado *Teoria Pura do Direito* (1985; 7ª ed. 2006), São Paulo, Martins Fontes, 183.

⁴⁸ Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre* (1934, 2ª ed. 1960) tradução de João Baptista Machado *Teoria Pura do Direito* (1985; 7ª ed. 2006), São Paulo, Martins Fontes, 81-84.

Pura do Direito. A interpretação simplesmente cognoscitiva da ciência jurídica também é, portanto, incapaz de colmatar as pretensas lacunas do direito.”⁴⁹

Este trabalho não pretende forçar uma relação, não traçada pelo próprio Kelsen, entre o reconhecimento da contingência da vedação do *non liquet* e o papel atribuído pelo autor à ciência jurídica. Mas o reconhecimento de que o juiz pode não estar obrigado a decidir compõe a radicalidade de um pensamento que, para permanecer “puro”, tenta afastar a ficção de uma “interpretação correta” propiciada pela norma jurídica. Se as normas jurídicas não oferecem ao aplicador um caminho único para a decisão e a ciência jurídica não é capaz de criar direito novo, tampouco o juiz está ontologicamente obrigado a decidir todos os casos.⁵⁰ Seja ao admitir a possibilidade dessa não decisão, seja ao oferecer diversas soluções possíveis para o mesmo caso, o direito se nega a oferecer justamente o que dele se espera: *uma* solução prática para o conflito.

Dessa forma, Kelsen chega muito perto de uma observação paradoxal da relação entre a “ciência” e a decisão jurídica, indo até o ponto de denunciar uma “auto-ilusão contraditória” da teoria tradicional da interpretação:⁵¹

“A ideia, subjacente à teoria tradicional da interpretação, de que a determinação do ato jurídico a pôr, não realizada pela norma jurídica aplicanda, poderia ser obtida através de qualquer espécie de conhecimento do Direito preexistente, é uma auto-ilusão contraditória, pois vai contra o pressuposto da possibilidade de uma interpretação”

Outro autor capaz de observar o caráter contingente da proibição da denegação de justiça é Hart. Após esboçar um sistema jurídico composto apenas por regras primárias, ou

⁴⁹ Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre* (1934, 2ª ed. 1960) tradução de João Baptista Machado *Teoria Pura do Direito* (1985; 7ª ed. 2006), São Paulo, Martins Fontes, 395.

⁵⁰ Não estamos ainda considerando a possibilidade da decisão “fora da moldura”, que será analisada em outro tópico. Cf. Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre* (1934, 2ª ed. 1960) tradução de João Baptista Machado *Teoria Pura do Direito* (1985; 7ª ed. 2006), São Paulo, Martins Fontes, 394. Também não se trata aqui de negar que Kelsen procure descrever o ordenamento jurídico como um ordenamento teoricamente “completo”. As questões da completude e da proibição da denegação de justiça, como veremos adiante, não se confundem.

⁵¹ Cf. Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre* (1934, 2ª ed. 1960) tradução de João Baptista Machado *Teoria Pura do Direito* (1985; 7ª ed. 2006), São Paulo, Martins Fontes, 392-393.

seja, por regras que exigem dos indivíduos que pratiquem ou deixem de praticar certos atos, o autor identifica como uma de suas deficiências a ineficiência da “pressão social difusa”. Uma norma secundária apta a corrigir o defeito seria a regra de julgamento, cuja função é descrita da seguinte forma:

“Além de identificar os indivíduos que deverão julgar, essas normas também definem os procedimentos a serem seguidos. Como as outras normas secundárias, estas se situam em nível diferente do das normas primárias: embora *possam ser reforçadas por normas adicionais que imponham aos juízes o dever de julgar*, elas não impõem deveres, mas conferem poderes judiciais e um *status* especial às declarações sobre o não-cumprimento de obrigações”⁵².

Ao contrário das regras de julgamento, a proibição da denegação de justiça é, na medida em que impõe um dever, uma regra primária. Mas essa regra pode existir ou não como um “reforço” (e só faz sentido em um sistema que outorgue também os respectivos poderes judiciais). Caso a regra primária que obriga à decisão seja aceita pelo jurista, sua postura na construção de elementos úteis às decisões, ainda que não se estruture em termos de uma dogmática jurídica clássica, deverá tomá-la em consideração. Afinal, ele próprio utilizará essa regra como um padrão de avaliação da conduta do magistrado. Como isso se revela na zona de “textura aberta” é algo que veremos, a partir de outros pressupostos teóricos, ao longo deste trabalho.

A breve análise dessas obras, que se firmaram como clássicos do paradigma positivista a respeito do conhecimento e aplicação do direito,⁵³ indica que o problema enfrentado neste estudo não é algo totalmente estranho ao pensamento jurídico tradicional. Em Savigny a interpretação aparece como ato do intelecto vinculado à lei, mas a aplicação

⁵² H. L. A. Hart, *Concept of Law* (1961), tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara, *o Conceito de Direito* (2009) São Paulo, Martins Fontes, 125 (grifei).

⁵³ Por colaborarem para a implantação do dissenso, compondo um ponto de partida de quem pretenda endossar ou refutar as “ideias disponíveis” de seu campo, não por traduzirem elementos de uma “sabedoria perene”, acessível a qualquer tempo e por qualquer pessoa. Cf. José Reinaldo de Lima Lopes: *As palavras e a lei: direito, ordem e justiça na história do pensamento jurídico moderno* (2004), São Paulo, Editora 34, 27-36; e especialmente *O naturalismo jurídico no pensamento brasileiro* (2013), Tese de Titularidade apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 48-58. Ver também Niklas Luhmann, *Die Wissenschaft der Gesellschaft* (1992), Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 578 (apontando que o consenso, entendido como estado mental dos participantes da comunidade científica, é inalcançável).

transcende esses limites sempre que o juiz *por natureza* precise julgar. O primeiro Jhering distingue *doutrina* e *ciência* do direito, separando o conhecimento do direito vigente da invenção do alfabeto jurídico por uma necessidade da vida prática. Kelsen, que rejeita essa capacidade produtora da ciência jurídica, concebe a possibilidade de um ordenamento jurídico não *obrigar* o juiz a exercer o seu mister. Finalmente, para Hart, as regras primárias que constroem um *dever de julgar* são encaradas como um possível reforço às normas de competência, fato que deve ser levado em conta por aqueles que, de um ponto de vista interno, tomem essas normas como padrão para avaliação das condutas (incluindo as condutas dos juízes).

Se os clássicos tocam, em diferentes perspectivas, o problema central deste trabalho, a explicitação da relação entre a dogmática jurídica e a proibição da denegação de justiça seria possibilitada por outro autor. E não por acaso. A perspectiva teórica por ele adotada permitirá enxergar elementos que permaneciam ocultos em outras abordagens. Essa perspectiva será introduzida no tópico seguinte, que passa a cumprir, dessa forma, uma dupla função: (i) familiariza o leitor com o ferramental teórico mobilizado no restante do trabalho e (ii) situa ciência e dogmática jurídica nos quadros dessa teoria. As aspas em torno do termo “ciência” poderão, com isso, ser paulatinamente abandonadas, embora a cautela diante da complexidade do tema se mantenha.

2. COMO É POSSÍVEL UMA “CIÊNCIA” DO DIREITO?

Já se observou que a expressão “ciência dogmática do direito” é um ruído para luhmannianos.⁵⁴ Ciência e direito, na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann, formam sistemas sociais distintos. Essa, todavia, não é uma questão trivial, que possa ser superada de plano. A dogmática como ciência possui longa tradição filosófica. Além disso, o termo “ciência” é também emotivo, provoca reações positivas, sugere respeito.⁵⁵ Diante do ruído, cabe a este trabalho dirigir-se à teoria dos sistemas e perguntar: o que é “ciência” do

⁵⁴ Cf. a intervenção de Samuel Rodrigues Barbosa em José Rodrigo Rodriguez, Carlos Eduardo Batalha da Silva e Costa, Samuel Rodrigues Barbosa (coord), *Formalismo, dogmática jurídica e Estado de direito: Um debate sobre o direito contemporâneo a partir da obra de Tercio Sampaio Ferraz Jr.* (2010), Cadernos Direito GV, v. 7, n. 3, 171 (indicando ainda que, para Ferraz Jr., a dogmática está no sistema na ciência).

⁵⁵ Cf. Albert Calsamiglia, *Introducción a la ciencia jurídica* (1988), Barcelona, Ariel Derecho, 66.

direito? Rapidamente, a pergunta se transformará:⁵⁶ como é possível a “ciência” do direito e como é possível o direito como objeto da ciência?

a. Ciência e direito entre dois tipos de expectativas

Para explicar a diferenciação funcional da sociedade,⁵⁷ Luhmann se apropria do evolucionismo de Darwin e o aplica ao contexto comunicativo. A diferenciação funcional é uma aquisição evolutiva moderna⁵⁸ que importa replicação da distinção sistema/ambiente dentro do próprio sistema social. Ou seja, formam-se, no interior do sistema comunicativo, outros subsistemas operativamente fechados e cognitivamente abertos. Sendo sociais, esses subsistemas contêm também apenas comunicação. Diferenciam-se entre si, porém, principalmente por duas características: o código⁵⁹ e a função.⁶⁰ Com isso não se quer dizer que sistemas como a ciência e o direito estejam separados estritamente ao nível das organizações (tribunais, laboratórios, etc.), que o desempenho de um sistema nas suas próprias funções não interfira nos demais (por exemplo, o financiamento da ciência pela

⁵⁶ Como veremos, o comprometimento da teoria dos sistemas com uma cibernética da observação de segunda ordem implica substituir a pergunta do “quê” pela pergunta do “como”. Cf. Niklas Luhmann, *Die Wissenschaft der Gesellschaft* (1992), Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 668 e Niklas Luhmann, *Die Gesellschaft der Gesellschaft II* (1997), Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 989.

⁵⁷ Sociedade, na teoria dos sistemas, remete à comunicação. Ao procurar o tipo de operação especificamente social, Luhmann se deparou com algumas dificuldades. A sociologia tradicional, apegada à filosofia humanista, via ora o homem, ora a ação como elementos integrantes da sociedade. Mas a complexidade trazida em qualquer estudo acerca de conjuntos de homens ou de ações é infinita. Ademais, caracterizar a sociedade como conjunto de seres humanos, com toda a sua complexidade biológica e psíquica, pecaria também por não estabelecer com clareza aquilo que *não* é parte da sociedade. A sociedade, para a teoria dos sistemas, limita-se, portanto, ao conjunto abrangente de todas as comunicações, que dizem respeito à síntese de três seleções: informação (*Information*), mensagem (*Mitteilung*) e compreensão (*Vestehen*). Cf. Niklas Luhmann, *Die Gesellschaft der Gesellschaft I*. Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 1997.

⁵⁸ Evolução não significa melhoria nem pressupõe um fim. Apenas indica que ocorrem, aleatoriamente, mutações, as quais poderão ser posteriormente selecionadas pelo próprio sistema social e estabilizadas, funcionando como estruturas que podem ser observadas por operações posteriores. A combinação da teoria dos sistemas com a teoria da evolução não resulta, assim, na apresentação de fases típicas, mas na explicação de mudanças estruturais com a ajuda da distinção entre variação, seleção e estabilização. Ver Niklas Luhmann, *Die Gesellschaft der Gesellschaft I* (1997), Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 413 e ss.

⁵⁹ Código é a binariedade que serve como ponto de partida para qualquer operação do subsistema. Os códigos binários são formas de dois lados que facilitam o trânsito de ida e volta entre um valor e seu oposto. O valor da binariedade consiste no terceiro excluído: ou lícito ou ilícito, ou verdadeiro ou falso. Os códigos binários, fórmulas vazias, são complementados pelos programas, que oferecem critérios para sua aplicação.

⁶⁰ A função é um determinado papel que o sistema desempenha, monopolisticamente, para a sociedade, um problema social com o qual cada sistema está apto a lidar.

economia)⁶¹ ou que não existam interesses econômicos, militares, políticos e ideológicos que influenciem suas operações (por exemplo, alguma relação causal que possa ser observada entre uma posição ideológica e uma decisão jurídica).⁶²

A diferenciação entre sistema científico e sistema jurídico corresponde a uma distinção no plano estrutural da sociedade. A formação dos sistemas sociais, como uma reação à improbabilidade crescente das comunicações, está ligada ao desenvolvimento de estruturas que reduzem as possibilidades de um futuro incerto e facilitam, com isso, a orientação. Entre essas estruturas encontramos as expectativas. O sistema científico é estilizado cognitivamente, isto é, lida principalmente com expectativas que se adaptam às frustrações. O sistema jurídico trabalha sobretudo com expectativas de outra ordem: uma expectativa jurídica, por ser normativa, resistirá ainda que contestada pelos fatos. A definição de expectativas normativas e cognitivas não se dá, assim, por uma característica essencial, mas por meio de uma distinção: a da possibilidade de reação diante da frustração.⁶³

Não se nega, com isso, que uma comunidade científica também apresenta suas normas, mas se sugere que essas normas sejam mais um reflexo que uma causa do comportamento a elas correspondente.⁶⁴ Também o sistema jurídico trabalha com

⁶¹ Vale lembrar, porém, que até mesmo uma pesquisa financiada pode chegar à conclusão de que suas premissas pagas são falsas. Niklas Luhmann, *Die Wissenschaft der Gesellschaft* (1992), Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 293.

⁶² Mas é sintomático que a comprovação dessa influência se apresente, tipicamente, na forma negativa, como corrupção - “já que eu tenho o direito e o juiz decidiu pelo ilícito, uma vez que a tese é falsa e se apresenta como verdadeira, então deve haver razões para a manobra”... Cf. Niklas Luhmann, *Die Wissenschaft der Gesellschaft* (1992), Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 594. O tema da corrupção remete ao debate sobre a aplicabilidade da teoria dos sistemas no Brasil, desenvolvido a partir de observações a respeito do sistema jurídico. Esse debate não será retomado no presente trabalho, que adota a posição de confiar na teoria dos sistemas para investigar na direção por ela indicada, sem deixar de atentar para possíveis inadequações e “correções de rumo”. Para um resumo da discussão, cf. Luiz Felipe Rosa Ramos, José Gladston Viana Correia, Flávio Prol; *Luhmann nos trópicos: debate sobre a apropriação da teoria dos sistemas no Brasil* (2010) In: Actas del XI Congreso Nacional & I Latinoamericano de Sociología Jurídica - SASJu - MMX - 1ª ed., 2010 e Luiz Felipe Rosa Ramos, *Um exame improvável: A regulamentação da medicina sob a lente da teoria dos sistemas* (2013), Revista de Direito Sanitário, v. 14, n. 2, 164-167. Ver também Dirk Baecker, *Gypsy Reason: Niklas Luhmann's Sociological Enlightenment* (1999), Cybernetics & Human Knowing 6, n. 3, 5-19 (apontando que Luhmann, apesar da curiosidade depositada na utilização de sua teoria em países como o Brasil, não insistia para que isso fosse feito ou feito de modo correto).

⁶³ Niklas Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft* (1993). Frankfurt am Maim, Suhrkamp Verlag, 133.

⁶⁴ Assim em Niklas Luhmann, *Die Wissenschaft der Gesellschaft* (1992), Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 138-147 (associando as ações – quando a mudança de estado de um sistema se atribui a si mesmo – às expectativas normativas e as vivências – quando a mudança de estado de um sistema se atribui ao seu ambiente – às expectativas cognitivas). A estrutura normativa de postulados fundamentais como, por exemplo, a intersubjetividade e as pretensões científicas de validade, não justificam a existência e unidade do

expectativas cognitivas na incorporação dos resultados de uma atividade pericial, por exemplo. Entretanto, referências a fatos são possíveis no sistema jurídico apenas quando transformadas em informações internas, ou seja, quando produzidas a partir do código do direito. A diferença norma/fato adquire, então, uma significação especial, na medida em que representa a diferença autorreferência/heterorreferência. A distinção entre sistema e ambiente reflete-se em cada operação do sistema. Uma vez que sejam considerados relevantes pelo direito, os fatos não podem ser simplesmente considerados pelo sistema como “não fatos”. Se o efeito econômico da conduta de uma empresa no mercado é considerado relevante por uma regra jurídica, o juiz não pode, na ausência de norma que a excepcione, ignorar esse fato ou tomá-lo de modo sabidamente equivocado.

Referências a fatos extremamente complexos do ambiente podem exigir do direito, como no exemplo citado, o aproveitamento de conclusões da ciência ou de outros sistemas, bem como a opinião de especialistas. A ciência, por sua vez, não dispõe – e não se sabe se disporá – de informações suficientemente confiáveis sobre a relação entre passado e futuro que assegurem uma aplicação juridicamente incontestável.⁶⁵ A “utilização” da ciência pelo direito não ocorre sem que o conhecimento científico seja transmutado para a forma jurídica, isto é, sem que perca, de alguma maneira, a sua cientificidade. Afinal, esse conhecimento precisa ser adaptado às exigências de simplificação e de tempo de um processo jurídico.⁶⁶ Por fim, é possível depositar expectativas normativas sobre o funcionamento da ciência – proibir, por exemplo, as investigações no campo da tecnologia genética – ainda que, no longo prazo, haja pouca esperança de proibir que Prometeu encontre o fogo.⁶⁷

sistema científico. São um momento secundário da diferenciação do sistema que estabiliza o âmbito de operações às quais tem acesso. Dessa forma, desenvolvem-se tendências à profissionalização e se torna possível avaliar o caráter científico de pessoas e publicações quando existe alguma insegurança quanto ao juízo de qualidade. Ver, na mesma obra, [322-324].

⁶⁵ Ver Niklas Luhmann. *Das Recht der Gesellschaft* (1993). Frankfurt am Maim, Suhrkamp Verlag, 201.

⁶⁶ Assim em Niklas Luhmann. *Das Recht der Gesellschaft* (1993). Frankfurt am Maim, Suhrkamp Verlag, 131.

⁶⁷ Cf. Niklas Luhmann, *Die Wissenschaft der Gesellschaft* (1992), Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 594. Vale notar que a proibição da ciência não admite exceções: ao contrário, por exemplo, da proibição do homicídio, basta aqui uma violação da norma para que a verdade seja conhecida. O direito pode ter que se conformar, então, com a proibição (territorialmente limitada) do desenvolvimento de determinadas tecnologias, [664].

O sistema científico não é o único a se estilizar cognitivamente. Outro exemplo de sistema que trabalha com expectativas desse tipo é o sistema econômico. A dimensão desses sistemas permite apontar, inclusive, para uma preferência global pelas expectativas cognitivas.⁶⁸ Ao contrário do sistema jurídico, não se concebe a existência de sistemas econômicos e científicos restritos a um território nacional. Embora isso não represente uma indicação inequívoca de que o direito perde em importância, há pistas de que um enfraquecimento ocorre ao menos em um relevante mecanismo de sua proteção. O direito não é indiferente a si mesmo: opera reflexivamente na base de expectativas normativas que colocam o estigma do desvio sobre aquele que frustra expectativas institucionalizadas.⁶⁹ É justamente no plano dessas expectativas normativas sobre expectativas normativas que há indícios desse enfraquecimento.⁷⁰

As expectativas normativas seguem desempenhando, de todo modo, um importante papel. Diante da excessiva complexidade a que toda ação é exposta, esse tipo de expectativa auxilia a redução do agir a um sentido que possa ser compreendido segundo a situação.⁷¹ Esse não é simplesmente o sentido “subjetivo” de um agente: as expectativas são “despsicologizadas”.⁷² O “dever-ser” kelseniano, em sua atribuição de sentido normativo aos eventos, pode ser visto como uma fórmula abreviada da necessidade de redução dessa complexidade.⁷³ Além disso, expectativas normativas guardam estreita

⁶⁸ Assim em Niklas Luhmann, *Die Funktion des Rechts: Erwartungssicherung oder Verhaltensteuerung?* (1974) in *Ausdifferenzierung des Rechts* (1999), Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 90-91.

⁶⁹ Como observa Villas Bôas Filho, “a institucionalização não gera ou aumenta o consenso, mas, ao contrário, consiste em sua economia e distribuição, mediante a antecipação fictícia de um consenso pressuposto para as ‘expectativas de expectativas’, de modo que aquele cujas expectativas sejam contrárias à instituição terá contra si o peso de uma auto-evidência presumida”. Orlando Villas Bôas Filho, *Teoria dos Sistemas e o Direito Brasileiro* (2009) São Paulo, Saraiva, 128.

⁷⁰ Niklas Luhmann. *Das Recht der Gesellschaft* (1993). Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 555 e 556. A questão será retomada no último capítulo.

⁷¹ Essa formulação pode ser encontrada em Niklas Luhmann, *Funktionale Methode und juristische Entscheidung* (1969) in *Ausdifferenzierung des Rechts* (1999), Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 283-284.

⁷² Como visto, a perspectiva luhmanniana passa da consciência à comunicação e da referência sistêmica psíquica a uma social. Se um sistema psíquico fosse escolhido como ponto de referência da construção teórica, seria preciso escolher um dentre os mais de sete bilhões – ou escolher a si mesmo. Niklas Luhmann, *Die Wissenschaft der Gesellschaft* (1992), Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 63.

⁷³ Sobre o dever-ser como mecanismo social complexo que estabiliza expectativas contra frustrações e garante estruturas, ver Niklas Luhmann, *Legitimation durch Verfahren* (1969; 2ª ed. 1975), Hermann Luchterhand Verlag, Darmstadt, 239-240 (criticando a fundamentação da dicotomia ser/dever-ser em um “princípio absoluto e insondável da estrutura do mundo” e deslocando-a para a diferença entre expectativas normativas e cognitivas)

relação com a função desempenhada pelo sistema jurídico – cuida-se, no direito, justamente de sua generalização congruente (isto é, ao longo do tempo, apesar do dissenso e com base em “pontos de referências abstratos”⁷⁴). A autonomia da função do direito reside na importância de saber o que cada um pode esperar de si mesmo e dos outros. Nesse plano, a incerteza tende a ser mais difícil de lidar do que a surpresa ou o desapontamento.⁷⁵

Embora as expectativas tenham o papel de reduzir a improbabilidade de um *futuro* incerto, tudo o que acontece acontece no *presente*. Cada sentença judicial proferida com base em um programa do sistema jurídico reproduz, no instante em que é comunicada, a unidade desse sistema. Estruturas como as normas jurídicas também têm atualidade apenas no momento em que são utilizadas, servindo à autopoiese⁷⁶ com projeções temporais que reduzem as possibilidades de variação das comunicações seguintes. As operações – no caso do direito, as que trabalham com o código lícito/ilícito – precisam, para se reproduzirem, reconhecer as operações que pertencem ao sistema e quais não pertencem.

No entanto, dizer que o direito é aquilo que o direito diz não passa de uma tautologia. O sistema jurídico não pode se orientar exclusivamente por seu código, sob pena de provocar, desde uma perspectiva temporal, a invariância de suas operações e, desde uma perspectiva material, o seu total esvaziamento. Daí porque o direito cria, internamente, a diferença código/programa. Com ela, o sistema jurídico pode se abrir cognitivamente ao ambiente. Os programas do sistema jurídico são, por exemplo, as leis e os precedentes. Entre operações e estruturas, códigos e programas, a unidade do sistema jurídico não é dada por um ideal estável, pela norma fundamental ou pela regra de reconhecimento, mas pela própria autopoiese. O símbolo que representa essa unidade, no

⁷⁴ São as “pessoas”, os “papéis”, os “programas” e os “valores” que permitem ao direito lidar com incoerências. Niklas Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft* (1993). Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag.

⁷⁵ Ver aqui Niklas Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft* (1993). Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 151.

⁷⁶ Na sociedade moderna, caracterizada pela diferenciação funcional, cada sistema social produz-se a si mesmo, isto é, constrói sua própria unidade a partir de sua autoprodução. É a isto que se dá o nome de autopoiese, ou seja, à capacidade de o sistema social produzir seus próprios elementos e estruturas (elementar ou de base), seu “antes” e seu “depois” (reflexividade) e a diferença entre seu próprio sistema e o ambiente (reflexão). Cf. Marcelo Neves, *Entre Temis e Leviatã: uma relação difícil* (2006) São Paulo, Martins Fontes, 2006, 64.

direito, é o da validade – uma aquisição semântica da modernidade.⁷⁷ Sua base fundamental é o tempo, isto é, a concomitância entre todas as operações do sistema e do ambiente.

De forma análoga, a unidade do sistema científico é reproduzida a cada operação. O conhecimento é uma operação atual que, ao ocorrer, já está desaparecendo. O símbolo que representa essa unidade é o da verdade.⁷⁸ Mas a que se refere essa palavra tão antipática e fora de moda?⁷⁹ Trata-se de simples obtenção do conhecimento? Existe uma “verdade verdadeira” e uma “verdade falsa”? A tradição compreendia a verdade como anulação de uma diferença (entre ser e parecer, entre objeto e conhecimento, etc.). Para a teoria dos sistemas, trata-se justamente do contrário: cuida-se do surgimento de uma outra diferença. A verdade é um meio de emergência de comunicações improváveis e não uma propriedade de objetos, frases ou cognições. Apenas aparentemente trata-se de “entender o mundo como ele é”. Cuida-se, *na verdade*, de tornar a comunicação possível em que pese a sua improbabilidade,⁸⁰ uma improbabilidade ampliada com a invenção e difusão da escrita.

Na vida cotidiana, não é possível distinguir conhecimento de verdade. Quando se conhece algo, se conhece porque este algo é verdadeiro. Um conhecimento que se descobre equivocado anula-se como conhecimento. É apenas ao nível da aplicação do código verdadeiro/falso que a ciência pode se constituir como um sistema e se diferenciar de aquisições cognitivas comuns. Por exemplo, o conteúdo deste trabalho pode ser distinguido da questão de “como escrever em um teclado de computador a dissertação”. É com o surgimento de uma diferença adicional, a diferença verdadeiro/falso, que verdade e

⁷⁷ Ver Niklas Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft* (1993). Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 103. O sistema jurídico também expressa seu fechamento por meio da “justiça”. Por sua elevada abstração, a justiça funciona como um critério último para a atribuição dos valores lícito/ilícito aos conflitos submetidos ao direito. A questão da justiça será analisada no último capítulo.

⁷⁸ Cf. Niklas Luhmann, *Die Wissenschaft der Gesellschaft* (1992), Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 125. Comparar com Carlos E. Alchourrón, Eugenio Bulygin, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales* (1975, 3ª reimpresión 1998), Buenos Aires, Astrea, 233-234 (distinguindo verdade e validade e identificando as “ciências” dogmáticas a partir dessa diferença).

⁷⁹ Não podemos nos esquecer que “a verdade é a invenção de um mentiroso”, Heinz von Foerster, Bernhard Pörksen, *Wahrheit ist die Erfindung eines Lügners: Gespräche für Skeptiker* (1998) tradução para o italiano de Stefano Beretta, *La verità è l'invenzione di un bugiardo: Colloqui per scettici* (2001), Roma, Meltemi.

⁸⁰ Isso pode ser exemplificado pela matemática, que não é uma representação de objetos do exterior, mas uma combinação da determinação de sua forma e indeterminação de sua utilização, comparável ao dinheiro. Niklas Luhmann, *Die Wissenschaft der Gesellschaft* (1992), Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 201.

obtenção do conhecimento se diferenciam. O lado positivo (verdade) representa a capacidade de fechamento das operações do sistema. Isso não significa apenas continuar a comunicação – o que acontece também com a comunicação de não verdades – mas que a partir de uma afirmação (uma postulação teórica, por exemplo) muitas outras se tornam acessíveis.⁸¹

O meio verdade não é um critério de verdade. Ele precisa de uma metodologia, sem a qual não funcionaria. A verdade trata da confiança em uma teoria para investigar na direção por ela indicada, apesar da improbabilidade da comunicação e a despeito da possibilidade de que depois se revele errônea. Como observa Luhmann, políticos e artistas também podem recorrer à verdade para chamar a atenção. Mas só no sistema científico existe uma verdade codificada, uma assimilação implícita da ideia de que os enunciados verdadeiros implicam um exame prévio e o rechaço de sua eventual falsidade, em um exame de caráter permanentemente inconcluso.⁸²

Com a formação do sistema científico, o esforço pelo conhecimento ganha algo de esotérico.⁸³ Já não é preciso recorrer à proteção do conhecimento como um “segredo” revelável apenas aos iniciados ou guardado pelos sábios. Em seu lugar, complexidade e abstração restringem, pelos próprios limites da comunicação científica, o número de participantes. Esses são os limites do sistema funcional da ciência, que assim desempenha a função de obter conhecimentos novos, não familiares, surpreendentes. As estruturas específicas da verdade científica só surgem quando essa novidade é reconhecida e motivada socialmente, ou seja, quando se nota a necessidade social de transformar o novo em algo esperável. Daí se segue o aprofundamento da diferença entre expectativas cognitivas e normativas – e a diferenciação entre ciência e direito.

⁸¹ Ver Niklas Luhmann, *Die Wissenschaft der Gesellschaft* (1992), Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 200-201. Já o valor negativo (não verdade) não faz o mesmo para um mundo similar negativo. Não afirma uma relação positiva com fatos negativos, apenas designa um erro – quer dizer, o dissolve, já que um erro reconhecido já não é erro. Bloqueia-se outras operações que se baseariam no erro, o que dá um valor ao bloqueio: uma possibilidade cognitiva revelada como erro se “potencializa”, [202].

⁸² O trabalho teórico no sentido da “cientificação” de afirmações produz um esforço para um contínuo interesse comparativo e leva à correspondente improbabilidade dessas comparações. Essa característica comparativa está muito presente, por exemplo, na teoria dos sistemas, que compara coisas como o dinheiro e a matemática. Quanto mais longe se vai com a capacidade de dissolução e recombinação, contudo, mais difícil a recuperação de resultados teóricos adequados. Luhmann exemplifica essa situação com o “desastre teórico” experimentado pela sociologia com a introdução dos métodos empíricos. Ver Niklas Luhmann, *Die Wissenschaft der Gesellschaft* (1992), Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 409-410.

⁸³ Niklas Luhmann, *Die Wissenschaft der Gesellschaft* (1992), Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 162.

Diante da proposição de novos conhecimentos, a ciência decide entre verdade e falsidade com base em programas internos. As teorias e os métodos são os programas do sistema científico, ou seja, oferecem critérios que orientam a atribuição dos valores verdadeiro/falso. O terceiro excluído transforma-se em *ceteris paribus* (uma mentira que a ciência precisa aceitar). Na medida em que constituem uma relação circular entre verdadeiro e falso, os métodos resultam em condicionamento simétrico (autorreferência). Mas nem por isso são aplicados como se fossem receitas:⁸⁴ podem ser ajustados a uma determinada investigação e aprender com a experiência. As teorias resultam, por sua vez, em condicionamento assimétrico, na medida em que realizam externalização das referências do sistema (heterorreferência). Mas como se realiza a teoria ora mobilizada?

b. Teoria dos sistemas, teoria do direito e dogmática jurídica.

O problema da verdade como ausência de contingência já não se propõe para o direito positivo.⁸⁵ Com o início da positivação, o problema torna-se *construção*. Não se trata de privilégio do sistema jurídico. Na sociedade moderna, a ciência deixa de oferecer um referencial único do conhecimento para fornecer apenas referências de construção. Os problemas da referência e da verdade devem ser diferenciados: quem os confunde tende a achar que real é *aquilo* a que a operação *refere*, não observando a realidade da *operação* mesma. A ciência não produz mais que construções que se podem introduzir no mundo.⁸⁶ Dessa forma, deve renunciar à pretensão de poder instruir sobre o mundo “tal como ele é”.

O que foi dito não significa que a verdade seja “relativa”. A renúncia a teorias de adequação ou correspondência não implica relativismo, antes o contrário: com a codificação do sistema científico (que em si não traz os critérios para aplicação do código verdadeiro/falso) surge a necessidade, já apontada, de uma metodologia. Os métodos podem ser dedutivos, nos quais cada novo passo depende da posição de início (a

⁸⁴ Assim em Niklas Luhmann, *Die Wissenschaft der Gesellschaft* (1992), Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 415. Ver também Niklas Luhmann, *Die Gesellschaft der Gesellschaft I* (1997). Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 36-37 (indicando que os métodos permitem à investigação científica “surpreender-se a si mesma”).

⁸⁵ O fato de a validade ter, com a positividade, se tornado contingente, próxima a uma sensibilidade cognitiva, não significa, contudo, que a diferença normativo/cognitivo estudada no tópico anterior tenha se erodido: o direito não reage com a mudança de norma a cada vez que ela é violada. Niklas Luhmann. *Das Recht der Gesellschaft* (1993). Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 557.

⁸⁶ Cf. Niklas Luhmann, *Erkenntnis als Konstruktion* (1988) Bern, Benteli.

comparação de Luhmann, aqui, é com a atividade do alpinista).⁸⁷ Mas podem também ser cibernéticos, isto é, podem admitir, diante da ausência de uma validação externa, que posições de segurança só sejam adquiridas ao longo do processo. Nesse caso, é preciso estar permanentemente revisando as posições de partida.⁸⁸ Embora reconheça os avanços de contribuições como as de Poincaré, Popper e Kuhn, é principalmente na cibernética (da observação de segunda ordem) que Luhmann buscará o suporte para o desenvolvimento de sua ciência na implicação recíproca entre construtivismo e teoria da diferenciação social.

A proposta⁸⁹ parte de uma “crítica construtiva” a construtivistas como Hugo Dingler, Paul Lorenzen, Humberto Maturana, Ernst Von Glaserfeld e Paul Watzlawick, que identificam a participação de causas linguísticas, psicológicas e sociais na produção do conhecimento e, com isso, concluem que o resultado do conhecimento não é senão uma construção linguística, psicológica ou social. Essa crítica reside no fato de que, em primeiro lugar, há também outras causas. Depois, que as causas não explicam tudo – não explicam, por exemplo, a concordância entre observadores. Para Luhmann, o construtivismo é na verdade uma autodescrição do sistema científico, que realiza a sua autopoiese em um ambiente que só pode construir, sem jamais conhecer. O mundo é aquilo que a ciência tem de pressupor para poder distinguir entre verdadeiro/falso. Nesse sentido, a teoria dos sistemas conduz a um conceito de ciência construtivista que também não se confunde com solipsismo. As operações do sistema científico são operações empíricas em um mundo real: isto é, são operações observáveis.

A operação de observar, descrita do ponto de vista lógico, pode ser caracterizada como a marcação de uma dupla diferença: quanto ao objeto e quanto ao enfoque escolhido. Sempre que uma distinção é feita a fim de indicar um lado (mas não o outro) da distinção, tem-se uma observação.⁹⁰ A discricionariedade do observador reside na escolha do sistema do qual parte, não na questão do que ele pode lidar como sistema. Os sistemas *existem*; eles

⁸⁷ Niklas Luhmann, *Die Wissenschaft der Gesellschaft* (1992), Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 418.

⁸⁸ Não há, contudo, separação estanque entre os modelos. Os métodos dedutivos podem ser vistos como casos extremos do modelo cibernético. A validade do direito, por exemplo, consiste justamente em que não haja necessidade, no momento, de proceder à sua revisão.

⁸⁹ Cf. Niklas Luhmann, *Die Wissenschaft der Gesellschaft* (1992), Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 508-523.

⁹⁰ Ver Niklas Luhmann, *Organisation und Entscheidung* (2000), Opladen, Wiesbaden, 126.

operam.⁹¹ Isso quer dizer que é possível observar o mundo com a ajuda da diferença sistema/ambiente – e a operação de observar apresentará sua própria realidade. Toda referência, seja ao próprio sistema (autorreferência), seja ao seu ambiente (heteroreferência), é uma construção do observador. Isso vale para uma observação jurídica de uma questão científica e vale também para uma observação científica (por exemplo, da teoria dos sistemas) a respeito do direito. A teoria dos sistemas pode estar equivocada em suas observações, mas a afirmação desse equívoco pressupõe um esquema observacional posterior (uma observação de observações) e não a “realização concreta” das observações. No labirinto da teoria dos sistemas, a observação de segunda ordem substitui o lugar antes ocupado por premissas naturais ou transcendentais.

Para um observador de observadores, a pergunta deixa de ser “o *que* existe?” e passa a ser “*como* construir um observador?” ou “o *que* o observador *constrói* para conectar outras observações?”.⁹² Sempre que se diz que “existe” algo, um observador está envolvido. Um observador de segunda ordem pode observar a si mesmo e aos outros. Mas alguém pode perguntar, ainda, “*como* isso é possível?”.⁹³ Dessa vez a pergunta é sobre como se formam sistemas com base na observação da observação. Quem quer que tente responder a essa pergunta se tornará um observador de terceira ordem. É o que se está buscando fazer na presente seção.

É preciso, para avançar nessa empreitada, ter claro o que *não* é possível: é impossível partir do vazio.⁹⁴ Uma observação científica do sistema científico só é possível como operação do próprio sistema científico. A ciência pode observar a vida, a consciência ou a comunicação, conforme se trate de construção biológica, psicológica ou sociológica. Mas é preciso estar comprometido com as condições programáticas, limitações teóricas e metodológicas segundo as quais a ciência reconhece como científica a comunicação. Isso implica renunciar a uma posição superior, detentora de um segredo incommunicável, amiga

⁹¹ Cf. Niklas Luhmann, *Die Wissenschaft der Gesellschaft* (1992), Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 65. A “operação” é também um instrumento de observação, mas um instrumento que pretende designar uma realidade independente do observador. [271].

⁹² Niklas Luhmann, *Die Wissenschaft der Gesellschaft* (1992), Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 62-63.

⁹³ Assim em Niklas Luhmann, *Die Wissenschaft der Gesellschaft* (1992), Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 499.

⁹⁴ Parafraseando Luhmann, cabe aos filósofos explicar *como é possível* uma observação “externa”. Niklas Luhmann, *Die Wissenschaft der Gesellschaft* (1992), Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 531-541.

de um Deus perfeito. Como toda observação, significa também admitir um “ponto cego”, que consiste na diferença da qual se parte para realizar as observações.

A teoria dos sistemas também possui seu ponto cego: a diferença que desparadoxiza seu próprio paradoxo. Luhmann não o nega.⁹⁵ Tampouco nega que seria possível “fazer ciência” de outra maneira, partindo, por exemplo, de outra diferença (capital/trabalho, ação estratégica/ação comunicativa, etc). Mas isso não quer dizer que haja uma maneira *melhor* de fazê-lo.⁹⁶ Qualquer observador pode descrever o resultado do processo de fechamento operacional de um sistema com a diferença sistema/ambiente. Isso não significa que a teoria se imponha como a única possível, mas apenas que se trata de alternativa que, se não é impecável do ponto de visto lógico, é empiricamente convincente. E se for falsa, “então o é do único modo correto possível”.⁹⁷

Diante de sua inevitabilidade, resta tentar esclarecer o ponto cego que se utiliza e adotar a forma mais transparente possível de tornar invisível o paradoxo. Pode-se questionar as condições linguísticas, psicológicas e sociológicas do conhecimento (há também as físicas, biológicas, as neurofisiológicas...), mas é preciso fazê-lo sempre de modo autológico, ou seja, observando as consequências para sua própria atividade. A teoria dos sistemas possui esse caráter autológico, que não deve ser confundido com um círculo vicioso. Ela tenta oferecer uma solução “elegante” – o *autoelogio* é também do sociólogo de Bielefeld⁹⁸ - para o problema da autorreferência. Trata-se de aceitar “o beijo da mulher aranha”,⁹⁹ isto é, enredar-se na teia que se tece ao se operar dentro dela. Os resultados da investigação são, assim, tomados como condições dessa mesma

⁹⁵ Ver Niklas Luhmann, *Die Wissenschaft der Gesellschaft* (1992), Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 174

⁹⁶ O que não significa que essas maneiras não sejam *comparáveis*. Em resposta a uma entrevista, Luhmann indica critérios para a comparação entre teorias – a complexidade e o alcance – sugerindo que possa haver outros. Wolfgang Hagen (org.). *Was tun, Herr Luhmann?* (2009) Berlin, Kulturverlag Kadmos, 114.

⁹⁷ Essa a resposta que Luhmann teria dado à provocação de Habermas de que sua teoria seria “grandiosa, universal, mas falsa”, segundo Raffaele De Giorgi, *Presentazione dell'edizione italiana* in Niklas Luhmann, *Vertrauen: ein Mechanismus der Reduktion sozialer Komplexität*, tradução para o italiano de Luca Burgazzoli *La Fiducia* (2002), Bologna, il Mulino, XX.

⁹⁸ Niklas Luhmann, *Die Wissenschaft der Gesellschaft* (1992), Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 360-361.

⁹⁹ Ver Niklas Luhmann, *Die Wissenschaft der Gesellschaft* (1992), Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 133-134. A passagem é uma referência à obra cinematográfica da década de 80, típico “filme dentro do filme”, inspirado no romance homônimo de Manuel Puig.

investigação.¹⁰⁰ Fica descartada apenas a possibilidade de observar a sociedade “de fora”.¹⁰¹

A ideia de uma descrição absolutamente correta do objeto deve, portanto, ser abandonada, já que a descrição em si é parte do objeto e, conseqüentemente, modifica o objeto ao descrevê-lo. É o que ocorre com a teoria dos sistemas em relação à sociedade que observa e é o que ocorre, em relação ao direito, com teorias do direito como as estudadas no tópico anterior. Sabemos o que essas últimas observam: o sistema jurídico, o trabalho dos juristas, a interpretação dos juízes. Operações de um sistema e a diferença entre essas operações e as demais comunicações que a ele não pertencem. Mas de onde autores como Savigny, Jhering, Kelsen e Hart realizam suas observações? A partir do sistema científico? Do próprio sistema jurídico? Ou “*de fora, por assim dizer*”?

Não é função das teorias do direito produzir um saber verdadeiro a respeito do sistema jurídico. Em geral, não lhes cabe descrever seu objeto como um dado externo a si mesmas, algo apartado da realidade desde a qual operam. Trata-se, em vez disso, de estruturas autorreferenciais do direito que resolvem problemas colocados pela diferenciação social. O sistema precisa “refletir” sobre a diferença entre si próprio e o ambiente. Essas teorias costumam, assim, constituir uma espécie de “autorreferência concentrada”,¹⁰² reflexões do direito sobre si mesmo, apresentações da unidade do sistema no sistema (“re-entry”)¹⁰³. A alternativa às vezes tentada é realizar algum modo de descrição externa, devendo então responder à questão de sua própria fundamentação teórica.¹⁰⁴ A autodescrição, por outro lado, pressupõe o código do sistema e levanta

¹⁰⁰ E não podemos esquecer que é preciso *tempo* para isso. Cf. Niklas Luhmann, *Die Wissenschaft der Gesellschaft* (1992), Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 9.

¹⁰¹ Descrever a sociedade como se a observasse “de fora” parece ser a postura dos movimentos de protesto. Cf. Kai-Uwe Hellmann, *Protest. Systemtheorie und soziale Bewegungen* (1996), Suhrkamp Verlag e Niklas Luhmann, *Die Gesellschaft der Gesellschaft II* (1997). Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag. Ver também Celso Campilongo, *Interpretação do direito e movimentos sociais* (2012), Elsevier, São Paulo (traçando paralelos e relações entre as observações do sistema jurídico e as realizadas pelos movimentos de protesto).

¹⁰² Cf. Raffaele De Giorgi, *Introduzione all'edizione italiana*, in Niklas Luhmann, *Ausdifferenzierung des Rechts* (1981), traduzido por Raffaele De Giorgi *La differenziazione del diritto* (1990) Il mulino, 24-25.

¹⁰³ Ver Niklas Luhmann, *Die Gesellschaft der Gesellschaft I* (1997), Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 45 e ss.

¹⁰⁴ Niklas Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft* (1993). Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 497. Nesse caso, inevitável a questão a respeito do fundamento do fundamento, não importa se cartesiano, kantiano ou wittgensteiniano. Embora não descarte que as teorias reflexivas possam ter capacidade de enlace

exigências normativas. Mesmo ao refletir sobre si mesmo, o direito tem de pôr um ponto final na busca por uma razão: tem de se pressupor e se aceitar. A autodescrição pode questionar a validade de algumas normas, mas não pode contestar que em princípio é certo seguir normas e fazer o que o direito prescreve.¹⁰⁵

Essas reflexões não substituem as observações da teoria dos sistemas a respeito do direito, já que não têm respondido de modo satisfatório à questão de como o direito se apresenta como direito.¹⁰⁶ A tradição teórico-jurídica oferece apenas distinções de alcance limitado produzidas pelo próprio sistema jurídico. Não revela a distinção constitutiva do sistema. Mesmo as teorias reflexivas que se aproximam dessa indagação o fazem de modo dogmático ou com a ajuda de abstrações enigmáticas como a norma fundamental e a norma de reconhecimento. A unidade do sistema jurídico, já tivemos a oportunidade de observar, é reproduzida a cada operação do sistema. Não cabe considerá-la como uma premissa operativa dessas mesmas operações.

A teoria do direito é captada pela sociologia na medida em que esta não observa apenas o sistema, mas também o modo como o sistema descreve a si mesmo. Luhmann chega a apontar para um passo posterior, em que a teoria dos sistemas funcionaria como uma forma de acoplamento estrutural¹⁰⁷ entre o sistema científico e as teorias reflexivas dos sistemas funcionais.¹⁰⁸ O sistema jurídico poderia se aproveitar de aquisições

no sistema científico, Luhmann também não pressupõe tal capacidade, já que a valoração científica requer recursos distintos dos utilizados na autodescrição de um sistema. Niklas Luhmann, *Die Gesellschaft der Gesellschaft II* (1997), Frankfurt am Main, Suhrkamp, 964, nota 167.

¹⁰⁵ A questão do já mencionado enfraquecimento das expectativas normativas sobre expectativas normativas será retomada, no contexto do debate dogmático, no último capítulo.

¹⁰⁶ Assim em Niklas Luhmann. *Das Recht der Gesellschaft* (1993). Frankfurt am Maim, Suhrkamp Verlag, 30.

¹⁰⁷ Acoplamentos estruturais são mecanismos por meio dos quais os sistemas pressupõem, de forma duradoura, determinadas características do seu ambiente (intra ou extra-social) e passam a contar estruturalmente com a sua existência. Como formas de dois lados, os acoplamentos estruturais facilitam determinadas influências do ambiente no sistema na medida em que excluem outras possibilidades. Nada impede, contudo, que os sistemas acoplados reajam às irritações com velocidades distintas: o que os acoplamentos estruturais garantem é apenas que as surpresas recíprocas terão especificidade suficiente, tornando mais fácil a preparação de cada sistema para o que pode acontecer. Ver Niklas Luhmann. *Das Recht der Gesellschaft* (1993). Frankfurt am Maim, Suhrkamp Verlag, 441-443.

¹⁰⁸ Cf. Niklas Luhmann. *Das Recht der Gesellschaft* (1993). Frankfurt am Maim, Suhrkamp Verlag, 538. Em formulações anteriores, as possibilidades de intercâmbio eram vistas com maior ceticismo. Cf. Niklas Luhmann. *Rechtssystem und Rechtsdogmatik* (1974). Stuttgart, Kohlhammer Urban-Taschenbücher, 565 (entendendo que, mesmo para a autodescrição do direito, a teoria sociológica não transfere resultados sistematicamente específicos, salvo pela possibilidade de irritações) e Niklas Luhmann, *Vorwort* (1981) in *Ausdifferenzierung des Rechts: Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie* (1999), Frankfurt am Main, Suhrkamp, 8.

conceituais fornecidas pela teoria dos sistemas, sem perder o monopólio da seleção (na medida em que a separação entre os sistemas não estivesse comprometida). É evidente que não se trata de um intercâmbio simples, e não é possível dizer que os resultados, mais de vinte anos após a observação, ultrapassem em muito as irritações esporádicas.¹⁰⁹ O próprio Luhmann admite, em mais uma de suas formulações irônicas, que os sociólogos podem divulgar suas teorias, mas os juristas sabem que fazer propaganda não significa necessariamente admitir a responsabilidade pelos defeitos da coisa.¹¹⁰ Os riscos da apropriação, incluindo o de não ser compreendido e o de ser ignorado, são muito altos.¹¹¹

Ao nível da autopoiese elementar (ou de base), as dificuldades são ainda maiores. O juiz não pode incorporar amplas análises sociológicas às sutis diferenças necessárias para uma decisão. Por isso, decisões judiciais que deixem de aplicar essas análises não são suscetíveis de crítica por essa omissão. Mesmo as teorias de autodescrição do direito não podem pretender uma aplicação simples nesse nível (Luhmann ilustra essa dificuldade com a imagem de juízes lendo a Suma Teológica após um dia pleno de trabalho).¹¹² O que a prática jurídica pressupõe é a possibilidade de resposta para as principais questões de sentido do sistema: é preciso descrever a unidade do direito de forma que a *procura* por uma resposta *faça sentido*. *Nesse sentido*, as teorias reflexivas do direito não deixam de ser também um subproduto da necessidade do sistema de tomar decisões.

¹⁰⁹ Ver, no entanto, Niklas Luhmann, *Die Rückgabe des zwölften Kamels* (1985; publicado em 2000) tradução de Dalmir Lopes Jr. *A restituição do décimo segundo camelo: do sentido de uma análise sociológica do direito* in *Niklas Luhmann: Do sistema social à sociologia jurídica* (2004), Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 87 (afirmando, embora reconheça a teoria jurídica mais recente como apropriada a fazer a mediação entre observação externa e observação interna, que é no interior do sistema, e para cada caso individual que pode se saber se a percepção de um observador externo ajudará ou não e se estará ligada a problemáticas decisórias, *desde que consiga manter contato com teorias concretas da dogmática jurídica*).

¹¹⁰ Niklas Luhmann. *Das Recht der Gesellschaft* (1993). Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 543-544.

¹¹¹ No que diz respeito à apropriação pela dogmática, cf. José Gladston Viana Correia, Pedro Henrique Ribeiro, *Por que Luhmann? A função da dogmática jurídica para o direito e sua (má) utilização da teoria dos sistemas* (2011), XX Encontro Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito (CONPEDI), Belo Horizonte. Anais do XX Encontro Nacional do CONPEDI. Florianópolis, Fundação Boiteux. (entendendo, porém, que a dogmática – e não a teoria do direito, como aqui defendido – representaria a auto-descrição mais abstrata do sistema jurídico vinculada à decidibilidade dos tribunais).

¹¹² Niklas Luhmann. *Das Recht der Gesellschaft* (1993). Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 498.

Há, além das teorias reflexivas do direito, outro tipo de construção jurídica ainda mais diretamente comprometido com a decidibilidade¹¹³ e, também por isso, situado em menor grau de abstração. Se aquelas representam “abstrações de abstrações”, aqui permanecemos em um primeiro nível, embora ainda abstrato. Esta construção está ligada à estrutura do sistema como um conjunto de programas, formulado de modo condicional, e à *necessidade* sistêmica de produzir um número *infinito* de decisões. Trata-se da forma assumida pela “ciência” jurídica ao interpretar a conceitualidade já dada, refiná-la e indagar a respeito dos potenciais de controle de decisões.¹¹⁴ Estamos, pois, de volta ao tema da dogmática jurídica. Seu problema, como vimos, deixou de ser o da verdade. Isso não a impediu de continuar buscando referenciais de construção em teorias que procuram, *para além do direito*, um sentido.

A dogmática jurídica não pode ser observada como ciência, antes de tudo, porque pertence a sistema distinto. Isso significa estar comprometida com a história e com o modo de operação do sistema jurídico, mas não esclarece como essa separação se manifesta nas atividades do jurista e do pesquisador. Estaria o cientista livre do trabalho de autoprodução de conceitos abstratos que marca, ao menos desde a pirâmide de Puchta, a tarefa do doutrinador? Não parece ser o caso. Conceitos são também utilizados no contexto da ciência e nele funcionam como uma “antecipação creditícia”:¹¹⁵ no momento, são indeterminados, mas requerem esclarecimento posterior. Assim como este primeiro capítulo introduz uma série de conceitos úteis para observação do nosso tema, a ciência só pode observar o que pode conceitualizar. Não tem qualquer possibilidade de *entrar em contato* com o entorno. Atualmente se aceita que, mesmo no sistema científico, os conceitos não sejam “verdadeiros” ou “corretos”. Trata-se apenas de instrumentos para a correta colocação dos valores verdadeiro/falso. Sua função não está na designação do mundo exterior, mas na organização da autopoiese especificamente científica.

¹¹³ Já vimos que para Ferraz Jr. a decidibilidade constitui o problema central da “ciência” dogmática do direito. A criação de condições para que conflitos sejam decididos, característica de um saber *tecnológico*, não se confunde, porém, com a orientação para uma decisão específica, que estaria mais próxima de uma *técnica*. Tercio Sampaio Ferraz Jr., *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação* (1988, 5ª ed. 2007), São Paulo, Atlas, 83-88.

¹¹⁴ Niklas Luhmann, *Evolution des Rechts* (1970) in *Ausdifferenzierung des Rechts: Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie* (1999), Frankfurt am Main, Suhrkamp, 21.

¹¹⁵ Ver Niklas Luhmann, *Die Wissenschaft der Gesellschaft* (1992), Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 228-229.

Os conceitos condensam expectativas que servem de estrutura à autopoiese do sistema científico. Nesse plano estrutural residiria, portanto, a diferença definitiva entre as tarefas do cientista e do jurista “doutrinador”? Uma observação histórica feita por Luhmann nos ajuda a responder.¹¹⁶ Com a criação da imprensa e a ampliação das possibilidades de rejeição, quase simultaneamente começou, na religião e na ciência, a rejeição a comunicações fanáticas. Os argumentos, porém, eram de caráter distinto. A religião procurava proteger a sua dogmática, enquanto a ciência permitia a negação tendo em vista a sua função de obter conhecimentos novos. Nem por isso o sistema científico deixou de produzir suas teorias “dogmáticas”.¹¹⁷ “Leis da natureza” aparecem autoimposições da ciência que valeriam (e fundamentariam), como as leis jurídicas, “até novo aviso”.¹¹⁸ Ainda que, de um ponto de vista sistêmico, as expectativas científicas se adaptem às frustrações, são raras as oportunidades oferecidas pela investigação científica de reproblematicar, em pesquisas concretas, os resultados no nível do *ponto de partida* das distinções. De outro lado, em tempos de sopesamento de princípios e valorização das consequências das decisões, a normatividade das expectativas associadas à dogmática jurídica se enfraquece, e isso se torna ainda mais visível com o incremento de pesquisas empíricas na área jurídica.¹¹⁹

Embora importante, a distinção normativo/cognitivo não é suficiente para explicar as diferenças entre as comunicações científicas e aquelas produzidas pela dogmática jurídica no interior de cada sistema. Pode-se pensar então que, ao contrário do pesquisador, o jurista estaria motivado por uma razão prática: permitir a solução de problemas jurídicos. Mas as pesquisas científicas também se orientam por um problema: mesmo as ideias mais fascinantes costumam usar a “camisa de força” problema/solução. E esse problema não raro é um problema “prático”: eis aqui o campo das “ciências aplicadas”. O sistema científico se estrutura em projetos, identificados pela menção a um problema.¹²⁰ Os

¹¹⁶ Cf. Niklas Luhmann, *Die Wissenschaft der Gesellschaft* (1992), Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 574-575.

¹¹⁷ Para uma abordagem crítica, cf. Niklas Luhmann, *Die Wissenschaft der Gesellschaft* (1992), Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 580.

¹¹⁸ Niklas Luhmann, *Die Wissenschaft der Gesellschaft* (1992), Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 379-443.

¹¹⁹ Esse o problema enfrentado no último capítulo.

¹²⁰ Cf. Niklas Luhmann, *Die Wissenschaft der Gesellschaft* (1992), Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 574-575, 427 (apontando, ainda, para um déficit de teoria crônico determinado estruturalmente pelo fato de que as organizações nem sempre favorecem a possibilidade do caminho contrário: projetos que

projetos são inscritos, eventualmente autorizados, mas (quase) sempre dentro de uma organização que exige que tudo o que começa tenha um fim. A diferença problema/solução reespecifica o código verdadeiro/falso através da possibilidade de deixar provisoriamente em aberto a decisão sobre a pergunta da verdade.¹²¹ A possibilidade de oferecer uma base para a solução de problemas varia conforme se trate de ciências “naturais” e ou “sociais”,¹²² mas está sempre presente.

Disso não decorre que a técnica seja a “meta final” da ciência ou que a tecnologia se resuma à “ciência aplicada”.¹²³ Também não implica que a utilização tecnológica de investigações científicas seja “cientificamente” comprovada ou isenta de riscos.¹²⁴ Mas significa que o simples fato de tornar possível a solução de problemas práticos não afasta radicalmente a ciência da dogmática jurídica.¹²⁵ Há um elemento adicional que completa a

procurem encontrar problemas para soluções conhecidas). Nesse contexto, o sucesso de algumas disciplinas, como as pesquisas médicas e biológicas, poderia até mesmo ser creditado à existência de projetos curtos e ao pouco espaço para questões fundamentais, [675]. Sobre o “déficit teórico” do sistema de tratamento de doentes, cf. Niklas, *Anspruchsinflation im Krankheitssystem. Eine Stellungnahme aus gesellschaftstheoretischer Sicht*, in: Phillip Herder – Dorneich, Alexander Schuller (org), *Die Anspruchsspirale*, Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz: Kohlhammer, 1983, 43 e Niklas Luhmann, *Medizin und Gesellschaftstheorie* (1983), *Medizin Mensch Gesellschaft*, Jahrgang 8, Enke, 172. Para uma relação desse déficit com conflitos em comunicações políticas envolvendo a medicina, ver Luiz Felipe Rosa Ramos, *Um exame improvável: A regulamentação da medicina sob a lente da teoria dos sistemas* (2013), *Revista de Direito Sanitário*, v. 14, n. 2.

¹²¹ Como veremos mais tarde, procedimentos jurídicos para decisão sobre o lícito/ilícito cumprem função semelhante na fuga do paradoxo com a ajuda do tempo. Cf. Niklas Luhmann, *Legitimation durch Verfahren* (1975, 1969), Darmstadt, Hermann Luchterhand.

¹²² As ciências sociais não conseguem neutralizar o seu grau de complexidade de modo a tornar disponível, mediante instruções de uso, suas conclusões para a manipulação técnica. Essas são aplicáveis na prática apenas mediante processos decisórios analogamente complicados. Cf. Niklas Luhmann, *Die Funktion des Rechts: Erwartungssicherung oder Verhaltensteuerung?* (1974) in *Ausdifferenzierung des Rechts* (1999), Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 284. Confrontar com a entrevista Niklas Luhmann, in Peter Gente, Heidi Paris und Martin Weinmann *Niklas Luhmann: Short Cuts* (2000, 2ª ed. 2002), Frankfurt am Main, Postfach, 18 (negando, inclusive com base em sua experiência pessoal, a possibilidade de aplicabilidade prática do conhecimento científico).

¹²³ Há certa casualidade na correspondência entre as construções internas (do sistema) e a realidade (do mundo inacessível, o *unmarked space*). A garantia de verdade do conhecimento não significa garantia de êxito na aplicação das tecnologias. Por outro lado, uma tecnologia pode ser construída com base em uma teoria falsa e, ainda assim, funcionar. Cf. Niklas Luhmann, *Die Wissenschaft der Gesellschaft* (1992), Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 252-258.

¹²⁴ A ciência realiza prestações importantes para outros sistemas, tais como desenvolvimentos tecnológicos que podem ser úteis economicamente, material para o sistema educativo, conhecimentos necessários ao tratamento de doentes, etc. Mas a ideia habitual de uma ciência auxiliadora, apesar de não ser completamente falsa, não leva ao ponto decisivo. A ciência produz, em outros sistemas, sobretudo desequilíbrio. Cf. Niklas Luhmann, *Die Wissenschaft der Gesellschaft* (1992), Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 637-686. Ela lida, afinal, tanto com certezas como com incertezas autoproduzidas. Ver Niklas Luhmann, *Die Gesellschaft der Gesellschaft I* (1997). Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 127-128.

¹²⁵ Daí ser possível considerar o direito como “tecnologia”. Cf. Tercio Sampaio Ferraz Jr., *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação* (1988, 5ª ed. 2007), São Paulo, Atlas. Embora

explicação das diferenças entre as atividades: trata-se do fato de que algumas perguntas científicas podem permanecer sem resposta. Uma proibição de experimentos com animais vivos, por exemplo, pode fazer com que determinados medicamentos não sejam testados e comunicações posteriores não possam ser marcadas pelo código verdadeiro/falso, mas apenas como *não decididas*. Um projeto pode chegar ao fim tanto por ter alcançado um objetivo quanto por constatar que aquele é inalcançável.¹²⁶ A diferença não decidido/não decidível é algo que não aparece no sistema jurídico, e essa ausência se reflete na comunicação tipicamente produzida pela dogmática jurídica.¹²⁷ É verdade que a ciência também procura tornar a diferença menos visível. Se algo não se pode esclarecer, o sistema comunica que “ainda não” pode ser esclarecido – e essa é apenas uma das manifestações do paradoxo de se tratar um problema sem solução como solucionável.¹²⁸

a comparação desvele uma série de aspectos relevantes, essa perspectiva não parece totalmente compatível com a teoria dos sistemas, uma vez que a tecnologia trabalha a partir do código defeituoso/sem defeitos – algo impossível de acontecer no direito. Cf. Niklas Luhmann, *Die Wissenschaft der Gesellschaft* (1992), Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 259-267.

¹²⁶ Em todo o caso, o sistema segue operando e não tem um fim com o término desses episódios. Niklas Luhmann, *Die Wissenschaft der Gesellschaft* (1992), Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 581-582. Ver, por exemplo, pesquisas científicas orientadas à medicina como v.v.a.a, *Coronary artery bypass graft surgery versus percutaneous coronary intervention with first-generation drug-eluting stents: a meta-analysis of randomized controlled trials* (2014), disponível em <http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/24746647> (“data for patients with single-vessel proximal LAD disease were inconclusive”) ou v.v.a.a, *Perioperative beta-blockers for preventing surgery-related mortality and morbidity* (2014) disponível em <http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/25233038> (“as the quality of evidence is still low to moderate, more evidence is needed before a definitive conclusion can be drawn”).

¹²⁷ Ver Niklas Luhmann, *Die Wissenschaft der Gesellschaft* (1992), Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 294. Comparar com Carlos E. Alchourrón, Eugenio Bulygin, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales* (1975, 3ª reimpressão 1998), Buenos Aires, Astrea, 232 (comparando o princípio da razão suficiente na ciência com a pressuposição jurídica de que todos os casos são solucionáveis)

¹²⁸ Cf. Niklas Luhmann, *Die Wissenschaft der Gesellschaft* (1992), Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 618-624 (para quem são precisamente esses “ainda não”, e não apenas os resultados demonstráveis, que legitimam a ciência). No procedimento jurídico, algo semelhante ocorre na legitimação pelo procedimento, com uma diferença: ao final do procedimento, há sempre uma solução. Cf. Niklas Luhmann, *Legitimation durch Verfahren* (1975, 1969), Darmstadt, Hermann Luchterhand.

II. A PROIBIÇÃO DA DENEGAÇÃO DE JUSTIÇA

1. O FECHAMENTO OPERATIVO

No capítulo anterior vimos como é possível, na sociedade moderna, um *direito sem verdade*.¹²⁹ Na esteira das transformações experimentadas pelo sistema jurídico, a dogmática jurídica passa a se fundar no direito positivo e assimilar a contingência. A proibição da denegação de justiça¹³⁰ surge como um elemento importante para a compreensão do modo dogmático de operar o direito e distingui-lo das operações científicas. Em um contexto de alta complexidade, diante da necessidade de decidir baseando-se em decisões baseadas, por sua vez, em outras decisões, a autopoiese desenvolve estruturas que se acomodam à tendência de decidir não decidir.¹³¹ O sistema jurídico responde proibindo a não decisão. Mas ainda não dissemos qual o papel exatamente desempenhado por essa proibição no funcionamento do sistema jurídico. O presente tópico tem como objetivo apresentar uma das respostas possíveis a essa questão. Para tanto, valer-se-á inicialmente do interesse comparativo da teoria dos sistemas para observar como a economia e a política enfrentaram situações análogas. Em seguida, tratará especificamente do sistema jurídico e dos seus paradoxos.

a. Preço justo no sistema econômico

A teoria dos sistemas entende por economia a totalidade das operações que se desenvolvem com pagamento em dinheiro.¹³² O pagamento é uma modalidade específica

¹²⁹ A partir de outros pressupostos, Natalino Irti, *Diritto senza verità* (2011) Roma, Laterza, 17. (“*caduto il vincolo obbligante della verità, si schiude l’orizzonte delle possibilità. Se nessun diritto è necessario, tutti i diritti sono possibili*”).

¹³⁰ Com a expressão utilizada por Luhmann (*Verbot der Justizverweigerung*) nos referimos aqui à proibição da ausência de decisão em casos que se apresentem juridicamente perante um tribunal. Com isso não negamos que observações jurídicas – veremos que isso acontece, por exemplo, no direito internacional – possam atribuir a essa expressão um significado mais ou menos amplo. Em sentido ligeiramente distinto, Francesco Calabro, *Incertezza e Vincolo. Il racconto del diritto nel pensiero di Niklas Luhmann* (2007), Lecce, Pensa MultiMedia, 182 (defendendo que a expressão utilizada por Luhmann refere-se “evidentemente” à *recusa* de decidir).

¹³¹ Niklas Luhmann, *Die Gesellschaft der Gesellschaft II* (1997), Frankfurt am Main, Suhrkamp, 839.

¹³² Cf. Niklas Luhmann, *Ökologische Kommunikation. Kann die moderne Gesellschaft sich auf ökologische Gefährdungen einstellen?* (1985; 5ª ed. 2008), Wiesbaden, VS Verlag, 67.

de comunicação – a operação elementar do sistema econômico – e o dinheiro aparece como um meio de comunicação que auxilia na sua sistematização. Historicamente, o dinheiro tornou possível a diferenciação de um sistema funcional específico para comunicação econômica.¹³³ Se os pagamentos em dinheiro deixassem de ocorrer, é provável que a economia deixasse de existir como um sistema diferenciado.

Uma “operação elementar” é uma operação que possui todas as características de um elemento autopoietico. É possível afirmar que isso ocorre com o pagamento.¹³⁴ O propósito do pagamento é permitir outros pagamentos na relação recursiva da autopoiese do sistema. Além disso, os pagamentos só são possíveis sobre a base de outros pagamentos. Encontrar o elemento autopoietico de um sistema não significa, contudo, estar diante do seu “fundamento”. Ali onde alguém poderia imaginar encontrar o fundamento do sistema, a teoria dos sistemas observa uma *diferença*. No caso do sistema econômico, trata-se da diferença pagamento/não pagamento. Quando se comunica a decisão de não comprar um carro porque seu preço é muito alto, se está realizando uma operação tipicamente econômica.

Se o pagamento é a operação elementar do sistema, o dinheiro assegura que a ação, no âmbito da economia, tenha para o observador aproximadamente o mesmo sentido que tem para os próprios atores.¹³⁵ Quem observa a entrega de dinheiro em uma concessionária entende o sentido social do que está ocorrendo. O dinheiro assume, assim, um efeito tranquilizador. A economia fala por si própria, sem precisar, a cada operação, de uma explicação didática, uma ponderação a respeito dos seus efeitos jurídicos ou uma ameaça de violência no caso de fraude. Como meio de comunicação simbolicamente generalizado,¹³⁶ trata-se de um catalisador da diferenciação do sistema funcional.

¹³³ Ver Niklas Luhmann, *Die Wirtschaft der Gesellschaft* (1994), Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 14.

¹³⁴ Assim em Niklas Luhmann, *Die Wirtschaft der Gesellschaft als autopoietisches System* (1984) tradução de Hugo Cadernas, *La Economía de la Sociedad como Sistema Autopoietico* (2013), Revista Mad – Universidad de Chile, nº 29, 6.

¹³⁵ Ver Niklas Luhmann, *Die Wirtschaft der Gesellschaft als autopoietisches System* (1984) tradução de Hugo Cadernas, *La Economía de la Sociedad como Sistema Autopoietico* (2013), Revista Mad – Universidad de Chile, nº 29, 14-15.

¹³⁶ Ver Niklas Luhmann, *Die Gesellschaft der Gesellschaft I* (1997), Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 316 e ss. (observando que esses meios são ao mesmo tempo *simbólicos*, por utilizarem a comunicação para produzir um acordo improvável, e *diabólicos*, por produzirem novas diferenças).

Observar a diferença pagamento/não pagamento como a diferença básica do sistema significa também a possibilidade de interpretar os conceitos da teoria econômica a partir do elemento autopoietico. A diferença valor/preço é um bom exemplo.¹³⁷ A autopoiese da economia independe que as partes estejam de acordo sobre o “valor real” dos bens e serviços. Independe de obrigações de gratidão que poderiam resultar do fato de uma das partes entender que tenha oferecido a prestação mais valiosa entre os termos da transação. No capitalismo, a “mais valia” não se expressa nesses termos. Para a economia da sociedade moderna, basta que haja preços que permitam formar expectativas sobre o montante a ser pago.

Torna-se possível, com isso, que ocorra na economia uma elevada “perda de informação”.¹³⁸ Tanto quem paga como quem recebe está isento de explicar as necessidades e desejos envolvidos naquela transação. Não precisa estar de acordo com as posições políticas da outra parte, com suas convicções religiosas ou com sua concepção artística. A economia fala por si, e sua língua é o dinheiro. O condicionamento por preços, de sua parte, fortalece essa perda de informações, já que não fornece informações sobre se e com que frequência os pagamentos se sucedem com esses preços.

Como em outros sistemas sociais, a economia realiza um processo de autorreferência que permite, através do fechamento, a abertura do sistema. As relações de propriedade são redefinidas em possibilidades de comunicação internas ao sistema – mais uma vez, em dinheiro. E a autorreferência ocorre simultaneamente em um contexto de referência ao ambiente do sistema (heterorreferência): aos bens e prestações, aos desejos e necessidades.¹³⁹ O conceito de “necessidade” reflete, portanto, o fato de que os pagamentos estão vinculados a outros pagamentos por *motivos* que se referem, em última instância, ao ambiente do sistema. Mas a motivação para o pagamento não precisa ser assegurada apenas “de fora”: ela se viabiliza *através dos condicionamentos* do próprio

¹³⁷ Niklas Luhmann, *Die Wirtschaft der Gesellschaft als autopoietisches System* (1984) tradução de Hugo Cadernas, *La Economía de la Sociedad como Sistema Autopoietico* (2013), Revista Mad – Universidad de Chile, nº 29, 7-8; Niklas Luhmann, *Die Wirtschaft der Gesellschaft* (1994), Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 55.

¹³⁸ Niklas Luhmann, *Die Wirtschaft der Gesellschaft* (1994), Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 18.

¹³⁹ Cf. Niklas Luhmann, *Die Wirtschaft der Gesellschaft* (1994), Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 16.

sistema. Eis aqui a concomitância entre abertura e fechamento, ou melhor, abertura *porque* fechamento.

A satisfação das necessidades não pode ser considerada a função do sistema econômico. A função da economia consiste no atrelamento de cada distribuição atual a uma posição estável no futuro. Em uma palavra: em lidar com a *escassez*. Na medida em que alguns querem reservar para seu futuro o que outros necessitam ou desejam no presente, a economia condiciona as relações entre uma escassez – a de bens e serviços mundialmente determinada – e outra, artificial, de dinheiro. Uma economia totalmente monetarizada lida, portanto, não com um, mas com dois tipos de escassez.¹⁴⁰

O pagamento visa, além da satisfação imediata de certa necessidade, também melhorar a posição a respeito da possibilidade de futuros pagamentos. Pagar ou não pagar – eis a “questão existencial” do sistema econômico. Como já ressaltamos a respeito do sistema científico e do sistema jurídico, o código binário depende, contudo, de programas que lhe ofereçam critérios para a correta aplicação. As necessidades não servem como programação direta às operações econômicas:¹⁴¹ o sistema depende dos condicionamentos internos, isto é, da regulação de operações internas que se dá por meio dos preços.

Ao exercerem esse papel de condicionamento interno do sistema, os preços tornam possível a análise imediata sobre se os pagamentos são “justos” ou não. Mas eles não respondem à questão sobre se eles mesmos, os preços, são justos. Não apresentam os limites da própria instabilidade da definição. De que forma, então, seria possível assumir o controle do sistema econômico? Como programar a programação?

Já no Digesto, é possível ler um comentário de Paulo afirmando que os preços das coisas “não funcionam de acordo com os caprichos ou a utilidade para os indivíduos, mas de acordo com a estimativa geral”. No livro que os juízes não leem após um dia intenso de

¹⁴⁰ Ver Niklas Luhmann, *Die Wirtschaft der Gesellschaft als autopoietisches System* (1984) tradução de Hugo Cadernas, *La Economía de la Sociedad como Sistema Autopoiético* (2013), Revista Mad – Universidad de Chile, nº 29, 10-12; Também Niklas Luhmann, *Die Wirtschaft der Gesellschaft* (1994), Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 29 (apresentando a escassez como “fórmula de contingência” do sistema econômico).

¹⁴¹ Niklas Luhmann, *Ökologische Kommunikation. Kann die moderne Gesellschaft sich auf ökologische Gefährdungen einstellen?* (1985; 5ª ed. 2008), Wiesbaden, VS Verlag, 69.

trabalho,¹⁴² a venda de algo por um preço acima do seu valor (ou a sua compra abaixo desse valor) é tratada, em si mesma, como algo “injusto” e “ilícito”.¹⁴³ Para lidar com o paradoxo de um sistema que lida com as necessidades permanecendo insensível a elas, desenvolve-se a noção de “preço justo”.

Resta claro na referência à *Summa Theologica* que seria historicamente errôneo conceber a doutrina do “preço justo” desenvolvida na escolástica e na escolástica tardia como uma espécie de pré-história da ciência econômica.¹⁴⁴ Trata-se, na verdade, de um debate moral e jurídico que está concebido pela diferença lícito/não lícito. A injustiça do preço não estava em sua oscilação. O preço justo era visto como variável – um outro nome para “justo” poderia ser “conforme a sua situação no mercado”.¹⁴⁵ A doutrina não trazia garantia da estabilidade de preços. Não estipulava uma regra não econômica para o seu cálculo¹⁴⁶ nem buscava garantir preços constantes. O problema por ela enfrentado era outro: tratava-se de evitar o aproveitamento desavergonhado em situações de emergência.¹⁴⁷

A injustiça do preço estava no lucro não justificado pela situação de mercado, um lucro motivado apenas pela “esperteza comercial”. Tratava-se de tentar colocar um limite à “manipulação abusiva” dos preços. A doutrina do “preço justo” procurava manter, dessa forma, a orientação de expectativas geradas pelo pagamento a respeito de quais pagamentos deveriam ser considerados para quais bens e serviços. Não lhe parecia aceitável a determinação dos preços por “motivos egoístas”. Procurava-se vedar a busca de lucro que superasse o necessário para manutenção do padrão de vida. A semântica do

¹⁴² *Summa Theologica*, 2ª e 2ae, quaestio 77.

¹⁴³ Cf. Bernard W. Dempsey, *Just Price in a Functional Economy* (1935), *The American Economic Review*, Vol. 25, n. 3. Ver também John W. Baldwin, *The medieval theories of the just price* in *Transactions of the American Philosophical Society* (1959), Volume 49, Part. 4. (com uma releitura da doutrina do preço justo desde a Idade Média em face do desenvolvimento do capitalismo).

¹⁴⁴ Assim em Niklas Luhmann, *Die Wirtschaft der Gesellschaft als autopoietisches System* (1984) tradução de Hugo Cadernas, *La Economía de la Sociedad como Sistema Autopoietico* (2013), *Revista Mad – Universidad de Chile*, nº 29, 17-18.

¹⁴⁵ Niklas Luhmann, *Ökologische Kommunikation. Kann die moderne Gesellschaft sich auf ökologische Gefährdungen einstellen?* (1985; 5ª ed. 2008), Wiesbaden, VS Verlag, 69.

¹⁴⁶ Niklas Luhmann, *Die Wirtschaft der Gesellschaft als autopoietisches System* (1984) tradução de Hugo Cadernas, *La Economía de la Sociedad como Sistema Autopoietico* (2013), *Revista Mad – Universidad de Chile*, nº 29, 9.

¹⁴⁷ Niklas Luhmann, *Die Gesellschaft der Gesellschaft II* (1997), Frankfurt am Main, Suhrkamp, 972, nota 177.

“preço justo” estava, assim, claramente associada às condições gerais da vida comunitária e às vantagens morais da sociedade como um todo. Ela pode ser lida com base na diferença entre o “bem comum” (que atribui a cada indivíduo o seu direito) e o egoísmo. Nas condições históricas em que foi desenvolvida, estava vinculada, particularmente, à estratificação social.¹⁴⁸

A aplicação dessa doutrina (assim como a tentativa coirmã de regular os preços) enfrentava, porém, dificuldades práticas com o comércio à distância e com os interesses financeiros dos chefes políticos e da igreja. O seu colapso surgiria no final do século XVI.¹⁴⁹ As razões podem ser buscadas junto às abelhas de Mandeville:¹⁵⁰ já com esse teorema moral se começa a entender que “infrutífero” e “não natural” não seria o egoísmo, mas a imposição de um limite (político ou jurídico) à busca de lucro. Essa mudança pode ser lida também como a diferenciação entre a economia e os demais sistemas (notadamente a política), com o consequente ganho de autonomia, complexidade e instabilidade. A economia passa a procurar por si mesma o seu próprio controle. Outros sistemas tentam reagir, também de modo autopoietico – o sistema jurídico, por exemplo, impondo limites à liberdade contratual.¹⁵¹

O século XVIII marca o abandono da doutrina do preço justo e sua substituição por uma incipiente ciência econômica que observava o seu objeto como um sistema autopoietico (mesmo que sem utilizar o termo). Um sistema, enfim, que se reproduz com base no dinheiro. Nesse sistema, as restrições impostas pelo ambiente só podem encontrar expressão na forma de preços (sem adjetivos). Não é o caso de descrever, neste trabalho, os novos desequilíbrios que essa situação se mostraria capaz de provocar. Tampouco é possível tratar de como outros sistemas (e a própria economia) tentarão produzir outros

¹⁴⁸ Nesse sentido, Antoninus (1389-1459), arcebispo de Florença: “Therefore, it should be ordered to any honest and necessary purpose and is so rendered lawful, as for example, when a business man orders his moderate gain which he seeks to the end that he and his family may be decently provided *for according to their condition*, and that he may also assist the poor”. Bernard W. Dempsey, *Just Price in a Functional Economy* (1935), *The American Economic Review*, Vol. 25, n. 3, 483 (grifo meu).

¹⁴⁹ Cf. Niklas Luhmann, *Die Wirtschaft der Gesellschaft* (1994), Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 23-25.

¹⁵⁰ Bernar Mandeville, *The fable of the bees or private vices, publick benefits* (1732) disponível em <http://oll.libertyfund.org/> (“*thus every Part was full of Vice, yet the whole Mass a Paradise*”).

¹⁵¹ Ver Niklas Luhmann, *Ökologische Kommunikation. Kann die moderne Gesellschaft sich auf ökologische Gefährdungen einstellen?* (1985; 5ª ed. 2008), Wiesbaden, VS Verlag, 69-70.

tipos de instabilidades para lidar com as do sistema econômico.¹⁵² Nos interessa, contudo, mencionar pelo menos um tipo de problema decorrente da diferenciação funcional da economia e também o modo como o sistema reage a ele.

A sociedade funcionalmente diferenciada apresenta problemas de ambiente externo, isto é, extrassocial, provocados pela economia. Trata-se não apenas do esgotamento de recursos não renováveis, mas também da intervenção no nível da reprodução psíquica das motivações (por exemplo, o aumento exacerbado das expectativas e a privação de sentido no ambiente de trabalho). Com esse tipo de desequilíbrio, resta claro que o sistema econômico modifica o ambiente do qual depende.¹⁵³ Como ele reage, no entanto, a esses problemas? A resposta mais genérica seria: internamente, como sempre, por meio das próprias operações. Em termos mais específicos, poderíamos dizer que a economia reage com uma diferença: distingue entre problemas *solúveis* e problemas *não solúveis*. O consumo de recursos naturais e a privação de sentido por parte dos sistemas psíquicos podem ser significativos para o cálculo econômico – mas isso se decide, ou *não se decide*, pela economia segundo suas próprias condições.¹⁵⁴

b. Razão de Estado no sistema político

Não foi apenas a economia que, na afirmação de sua modernidade, precisou lidar com um conceito de alto potencial explicativo a respeito de sua nova configuração. A política como sistema funcionalmente diferenciado enfrentaria situação semelhante. Modernamente a política opera, diferentemente de qualquer outro sistema, com o código binário governo/oposição. Sua função é a de tomar decisões coletivamente vinculantes.¹⁵⁵ Mas nem sempre o responsável pela tomada de decisões pôde ser visto como apenas um dos lados de uma diferença simétrica. Antes da disputa entre governo e oposição em

¹⁵² Esse tipo de reflexão está presente em diversos trabalhos de Luhmann sobre a economia. Ver, especialmente, Niklas Luhmann, *Ökologische Kommunikation. Kann die moderne Gesellschaft sich auf ökologische Gefährdungen einstellen?* (1985; 5ª ed. 2008), Wiesbaden, VS Verlag, 79-80 e Niklas Luhmann, *Die Wirtschaft der Gesellschaft* (1994), Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 26-38.

¹⁵³ Ver Niklas Luhmann, *Die Wirtschaft der Gesellschaft* (1994), Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 38.

¹⁵⁴ Cf. Niklas Luhmann, *Ökologische Kommunikation. Kann die moderne Gesellschaft sich auf ökologische Gefährdungen einstellen?* (1985; 5ª ed. 2008), Wiesbaden, VS Verlag, 74.

¹⁵⁵ Niklas Luhmann, *Staat und Staatsräson um Übergang von traditioneller Herrschaft zu moderner Politik in Gesellschaftsstruktur und Semantik: Studien zur Wissenssoziologie der modernen Gesellschaft* (1989), Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 148.

igualdade de condições, o poder emanava da hierarquia. Um conceito que se torna crucial na substituição da política da sociedade estratificada pela diferenciação funcional é o de “razão de estado”.¹⁵⁶

Na sociedade estratificada, a arbitrariedade política era tão inevitável quanto operacional nos seus níveis mais altos. O conflito conformado pela hierarquia era representado pela “rivalidade” – em uma relação circular entre a nobreza e o rei, formam-se facções, o rei é assassinado e famílias inteiras são eliminadas.¹⁵⁷ Na passagem para a sociedade diferenciada funcionalmente, surge a questão da limitação da “competência última” ilimitada. Embora a formulação do paradoxo especificamente funcional apareça em meados do século XVII, foram precisos mais de cinquenta anos de discussão sobre a razão de Estado para que essa mudança pudesse ocorrer.

A razão de Estado surge não apenas como um modo de preservar da autoridade, mas também como uma formulação da preservação do sujeito que a representa.¹⁵⁸ Essa função dupla engendrou uma dificuldade importante. Nos séculos XVI e XVII, ela acarretava a impossibilidade de diferenciar a conservação do *Estado* da conservação da autoridade do *Príncipe*. A literatura formulada pelo problema da rivalidade política não consegue manter separados os interesses da hierarquia dos interesses do Estado. Quando a soberania passa a ser definida como direito – o direito de comandar de modo absoluto – deixa de solucionar o problema da sustentação *pessoal* desse direito. Em termos de rivalidade em uma sociedade estratificada, as questões poderiam se confundir. Na sociedade funcionalmente diferenciada, essa confusão provocava tensão com o paradoxo constitutivo do sistema político.

O recurso à razão de Estado aponta para o fato de que a unidade da dominação exige um último momento não eliminável de arbitrariedade.¹⁵⁹ A decisão do soberano não

¹⁵⁶ Cf. Niklas Luhmann, *Staat und Staatsräson: um Übergang von traditioneller Herrschaft zu moderner Politik in Gesellschaftsstruktur und Semantik: Studien zur Wissenssoziologie der modernen Gesellschaft* (1989), Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 66.

¹⁵⁷ Niklas Luhmann, *Die Gesellschaft der Gesellschaft II* (1997), Frankfurt am Main, Suhrkamp, 676 e ss.

¹⁵⁸ Ver Niklas Luhmann, *Staat und Staatsräson: um Übergang von traditioneller Herrschaft zu moderner Politik in Gesellschaftsstruktur und Semantik: Studien zur Wissenssoziologie der modernen Gesellschaft* (1989), Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 106-107.

¹⁵⁹ Cf. Javier Torres Nafarrate, *Luhmann: la política como sistema* (2004), México, Universidad Iberoamericana, 335.

pode renunciar ao arbítrio. O problema da soberania consiste na reflexão da relação entre liberdade e vínculo,¹⁶⁰ assumindo formas nas quais o paradoxo fundamental do sistema político se ocultaria (por exemplo, em distinções jurídicas como, mais tarde, as do constitucionalismo liberal e da separação de poderes). O paradoxo da política consiste na unidade entre decisão e não decisão. Ele se deixou resolver na possibilidade de decidir entre decidir ou não decidir, já que é justamente no momento de arbitrariedade que reside a alternativa fundamental do sistema político: soberano é aquele que pode *decidir não decidir*. Nesse ponto residiu a diferença entre a soberania política e a jurídica (que, como já sabemos, não pode negar a decisão).¹⁶¹ Com o paradoxo da soberania, o sistema político registra seu fechamento operativo. Seja qual for o nível de participação de um regime, a política é capaz de construir, em determinados casos, a ideia de uma situação emergencial e assegurar o seu fechamento. *Pode* proclamar a “razão de Estado” e resolver politicamente o problema.

Dirigida ao soberano e aos seus conselheiros, a literatura que lida com o conceito de razão de estado nos séculos XVI e XVII parte de uma perspectiva moral. Isso só era possível porque o conceito já sinalizava certo descolamento do sistema político em relação ao jurídico.¹⁶² A teoria política como teoria moral confrontava-se com a situação paradoxal de que boas ações podem ameaçar o Estado e más ações podem salvá-lo: como observou também Maquiavel, os meios mais repreensíveis poderiam ser capazes de alcançar bons fins. Por outro lado, se o Príncipe procura valorizar sua posição como um esquema moral ligado retoricamente a conselhos aristotélicos (evitar os extremos, procurar a prudência, etc.), os inimigos do Príncipe também sustentam a sua posição contrária de um ponto de

¹⁶⁰ Niklas Luhmann, *Staat und Staatsräson um Übergang von traditioneller Herrschaft zu moderner Politik* in *Gesellschaftsstruktur und Semantik: Studien zur Wissenssoziologie der modernen Gesellschaft* (1989), Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 130.

¹⁶¹ No texto de Luhmann: "An sich wäre die fundamentale Alternative: entscheiden oder nichtentscheiden, und souverän wäre der, der entscheiden oder nichtentscheiden kann. *Diese Fragestellung müsste den Begriff der Rechtssouveränität auflösen, denn das Rechtssystem kann, anders als das politische System, Entscheidungen letztlich nicht verweigern.* Das *politische* Souveränitätsparadox bestünde danach in der Einheit von Entscheidung und Nichtentscheidung und liesse sich auflösen, **zum Beispiel über 'Staatsräson'**, in die reflexive Möglichkeit, auch darüber noch zu entscheiden, ob man entscheiden oder (noch) nicht entscheiden will". Niklas Luhmann, *Die Politik der Gesellschaft* (2002), Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 342 (itálico no original, negritos meus)

¹⁶² Assim em Niklas Luhmann, *Staat und Staatsräson um Übergang von traditioneller Herrschaft zu moderner Politik* in *Gesellschaftsstruktur und Semantik: Studien zur Wissenssoziologie der modernen Gesellschaft* (1989), Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 65-88.

vista moral, do que decorre um direito moral a evitar a moral. O paradoxo da unidade da decisão se reformulava como paradoxo moral.¹⁶³

Essa construção paradoxal era sempre atenuada mediante sua apresentação como algo excepcional, vale dizer, como uma anomalia. Até o século XVII era precisamente essa uma das formas de emergência da questão enfrentada pela razão de Estado: seria possível construir, no seio do direito natural, possibilidades de derrogação do direito – por exemplo, a vontade estatal como privilégio do poder político – sem que tal comportamento fosse considerado uma infração jurídica? Do mesmo modo como o debate a respeito do “preço justo” toma forma com uma discussão sobre a ilicitude do lucro “egoísta”, a discussão sobre a “razão estatal” surge menos como um debate a respeito do fenômeno moderno dos Estados políticos que como uma questão de incompletude da ordem jurídica.¹⁶⁴ O paradoxo anuncia que, sem ele, nada se fecha.

A “razão de Estado” mantinha então o respeito à moral, mas justificava sua aparente negação com um recurso a um nível mais universal. O elemento que completava o direito natural era uma vontade estatal superior. Expediente semelhante já havia sido utilizado na escolástica.¹⁶⁵ Ao lado da antiga hierarquia entre estratos sociais, surge a hierarquia Deus/governo/súdito e a correspondente representação de um direito superior para casos de emergência (*ius eminens*). Fórmulas como “razão de Estado” e *ius eminens* colocam à disposição da política um instrumental teórico capaz de derivar a ordem de si

¹⁶³ Niklas Luhmann, *Staat und Staatsräsonen im Übergang von traditioneller Herrschaft zu moderner Politik* in *Gesellschaftsstruktur und Semantik: Studien zur Wissenssoziologie der modernen Gesellschaft* (1989), Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 120-121.

¹⁶⁴ Niklas Luhmann, *Die Rückgabe des zwölften Kamels* (1985; publicado em 2000) tradução de Dalmir Lopes Jr. *A restituição do décimo segundo camelo: do sentido de uma análise sociológica do direito* in Niklas Luhmann: *Do sistema social à sociologia jurídica* (2004), Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 45 (observando que Maquiavel ignorava a discussão sobre a “razão de Estado”). Em uma formulação contemporânea, Chaim Perelman percebe que o conflito entre o espírito e a letra da lei se coloca, por exemplo, quando a finalidade da lei prevalece no reconhecimento de que as prescrições constitucionais, válidas em circunstâncias normais, não podem prevalecer sobre o princípio da continuidade do Estado, que deve operar mesmo em circunstâncias de guerra ou ocupação do território pelo inimigo. Cf. Chaim Perelman, *Le Problème des Lacunes en Droit: Essai de Synthèse* (1967) in Chaim Perelman, *Le problème des lacunes en droit* (1968), Bruxelles, Établissements Émile Bruylant, 550.

¹⁶⁵ Niklas Luhmann, *Die Politik der Gesellschaft* (2002), Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 203 (citando Alessandro Bonucci, *La derogabilità del diritto naturale nella scolastica*, 1906); Ver também Javier Torres Nafarrate, *Luhmann: la política como sistema* (2004), México, Universidad Iberoamericana, 222. [Há algumas diferenças na reconstrução feita por Nafarrate, conforme explicado pelo autor na introdução à obra que inclui também anotações das lições de Luhmann sobre o tema em Bielefeld]

mesma.¹⁶⁶ No Estado monárquico, o Príncipe era investido de seu poder diretamente por Deus e poderia governar de forma imediata, sem ser condicionado pela aprovação do povo. O Estado adquire um maior grau de liberdade e maior possibilidade de modificação do direito. Isso pressupunha um mecanismo que eventualmente resolvesse o paradoxo da ordem a partir da ordem com a diferença príncipe/tirano.¹⁶⁷ Nos textos que utilizavam essa diferença, aquele que considerasse o rei um tirano poderia lutar contra a tirania (ainda que alguns negassem esse direito de resistência) e a nobreza passa a ver como natural a sua pretensão de tomar decisões com base em juízos próprios. Da versão francesa desses textos é que emergiu a palavra “Estado”.¹⁶⁸

Até meados do século XVII, a nobreza e o sistema político se veem obrigados a renunciar à ideia de que a virtude ética determinada pelos valores da nobreza, pode encontrar expressão imediata na atuação política: política e moral se diferenciam e a própria política passa a conceder uma razão de Estado permitindo a atuação imoral (em casos de emergência).¹⁶⁹ Após o século XVII, torna-se difícil a manutenção das premissas cognitivas da Idade Média. A resolução cosmológica do paradoxo falha com a diferenciação da política em relação a outros sistemas. Na sociedade diferenciada é a economia monetarizada, e não a sabedoria política, que pode assegurar provisões para o futuro. Seja ou não investida diretamente por Deus, as limitações da autoridade ilimitada se impõem socialmente. Era preciso pagar as contas do Palácio de Versalhes. Com a superação do argumento cosmológico, o paradoxo assume a forma de um resgate da teoria contratual: quais seriam os fundamentos contratuais dos efeitos vinculantes do contrato social?

¹⁶⁶ De essência hierárquica, o *ius eminens* justificará, inclusive, a suspensão do direito natural que fundamenta o Estado.

¹⁶⁷ Niklas Luhmann, *Metamorphosen des Staates* (1995), traduzido por Giancarlo Corsi, *Metamorfosi dello Stato in Potere e Modernità: Stato, Diritto, Costituzione* (2007), Milano, Fanco Angeli, 17, nota 18. Outras respostas recorriam à antiga hierarquia das leis para libertar o detentor do poder perante o direito positivo e a moral, mas não diante do direito divino ou do direito natural. Esses últimos poderiam ser opostos aos donos do poder quando a razão de estado pusesse em perigo a sua alma. V. Niklas Luhmann, *Die Politik der Gesellschaft* (2002), Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 346; Javier Torres Nafarrate, *Luhmann: la política como sistema* (2004), México, Universidad Iberoamericana, 339-340.

¹⁶⁸ Assim em Niklas Luhmann, *Staat und Staatsräson um Übergang von traditioneller Herrschaft zu moderner Politik* in *Gesellschaftsstruktur und Semantik: Studien zur Wissenssoziologie der modernen Gesellschaft* (1989), Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 79-80.

¹⁶⁹ Niklas Luhmann, *Die Gesellschaft der Gesellschaft II* (1997), Frankfurt am Main, Suhrkamp, 717 e ss.

Seja qual for a formulação do paradoxo, o início da modernidade evidencia o caráter paradoxal da manutenção do controle político por meio de um ordenamento jurídico que justificava também o seu próprio desvio. O conceito de razão de Estado se transforma na segunda metade do século XVII e no século XVIII. Seu caráter excepcional se presta a limitar privilégios e a sugerir um “mistério” que seria comprometido se utilizado muito frequentemente. Deve-se conservar os “segredos do poder”. A razão de Estado não está disponível a qualquer momento e, sobretudo, não está à disposição de todos. O antigo código poder superior/poder inferior da sociedade estratificada se transforma, no século XVIII, na diferença poder público/poder privado. Tratava-se de uma tentativa de manter a estratificação hierárquica (senhor/súdito), que fora colocada em dúvida pela economia monetária e por uma política dividida territorialmente.¹⁷⁰

A separação entre os sistemas político e jurídico e o surgimento das constituições dos Estados modernos como acoplamentos estruturais entre esses sistemas leva a que a mudança do corpo de funcionários passe a ser normalizada pelo mecanismo constitucional. Com o acoplamento estrutural entre direito e política, os conceitos medievais de representação e legitimação são trabalhados através da legislação. O soberano se coloca em uma posição em que nenhum rival consegue alcançar: fora do sistema de estratificação, ele está na unidade de uma diferença entre sistemas. O Estado e seus órgãos, através da constituição, são “soberanos”. Com a ideia de Estado soberano, todas as limitações do poder estatal se integram ao cálculo político da razão de Estado, cuja tarefa é a autopreservação do poder político. Toda concorrência política é internalizada por meio da constituição, cuja mudança é dificultada e, em alguns casos, até proibida. A solução para o problema da limitação arbitrária da arbitrariedade ganha a forma da reconstrução da unidade como diferença entre governantes e governados. A diferença fundamental da política deixa de ser aquela entre poder público e poder privado e passa, democraticamente, a distinguir entre governo e oposição.

A ambivalência do Estado como paz, de um lado, e como *dominium/potestas*, de outro, escondeu por muito tempo o paradoxo fundamental da arbitrariedade a partir da

¹⁷⁰ Niklas Luhmann, *Die Politik der Gesellschaft* (2002), Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 205-206; ver também Javier Torres Nafarrate, *Luhmann: la política como sistema* (2004), México, Universidad Iberoamericana, 223-224.

ordem.¹⁷¹ Quando a função política se torna, historicamente, independente do estamento da nobreza e sua centralização passa a caber ao Estado (que se localiza no “centro” do sistema político),¹⁷² criam-se as condições para que o conceito de Estado passe a representar a auto-observação do sistema político (tal como a noção de mercado no sistema econômico).¹⁷³ Onde na ordem cosmológica havia *emanação* do poder, na sociedade moderna há *evolução*. Onde a razão de Estado trazia a estabilidade, na sociedade moderna há recursividade da observação de observadores. Quem procura o Leviatã encontrará, em vez de um ente misterioso, apenas outras observações políticas.

É comum que se pretenda da política, apenas um dos sistemas da sociedade moderna, mais do que ela pode oferecer nas condições de uma sociedade funcionalmente diferenciada. Na esteira da democratização e da universalização dos temas, isso pode provocar o aumento da proporção das decisões de não decidir.¹⁷⁴ O sistema político reage à alta complexidade e improbabilidade sociais prometendo mais participação e bem-estar – e muitas vezes o que oferece são soluções aparentes ou adiamento dos problemas: sem estar vinculada à proibição da denegação de justiça, não é de se admirar que também trate de ganhar tempo.¹⁷⁵

¹⁷¹ Cf. Javier Torres Nafarrate, *Luhmann: la política como sistema* (2004), México, Universidad Iberoamericana, 334. Atualmente, a discussão tem continuidade em categorias inferiores de organização, na forma de ilegalidades necessárias para evitar a paralisação da ação: o exemplo aqui é o do “jeitinho” brasileiro. Niklas Luhmann, *Die Rückgabe des zwölften Kamels* (1985; publicado em 2000) tradução de Dalmir Lopes Jr. *A restituição do décimo segundo camelo: do sentido de uma análise sociológica do direito* in Niklas Luhmann: *Do sistema social à sociología jurídica* (2004), Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 45 (citando Keith Rosenn, *The Jeito: Brazil's Institutional Bypass of the Formal Legal System and Its Developmental Implications* - 1971)

¹⁷² Assim em Niklas Luhmann, *Die Politik der Gesellschaft* (2002), Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 202.

¹⁷³ Niklas Luhmann, *Staat und Staatsräson um Übergang von traditioneller Herrschaft zu moderner Politik* in *Gesellschaftsstruktur und Semantik: Studien zur Wissenssoziologie der modernen Gesellschaft* (1989), Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 142-143.

¹⁷⁴ Niklas Luhmann, *Die Gesellschaft der Gesellschaft I* (1997), Frankfurt am Main, Suhrkamp, 568 (apontando que fenômeno análogo toma forma, no direito, como “ponderação”).

¹⁷⁵ Cf. Niklas Luhmann, *Ökologische Kommunikation. Kann die moderne Gesellschaft sich auf ökologische Gefährdungen einstellen?* (1985; 5ª ed. 2008), Wiesbaden, VS Verlag, 82.

c. *Référé législatif* no sistema jurídico

Como vimos na subseção anterior, discutiu-se no período medieval a respeito da possibilidade de o direito eximir sua aplicação. A “razão de Estado” permitia ignorar violações ao direito nos casos em que, por exemplo, uma acusação fosse considerada politicamente muito perigosa, a ponto de levar a uma rebelião ou guerra civil. Nos termos do sistema jurídico, que voltamos a abordar neste tópico, era como se, além do lícito e ilícito, surgisse um terceiro valor relevante para a decisão: a manutenção da autoridade política. Isso não significa necessariamente que se admitissem múltiplos valores para o direito. Tratava-se de um valor de *rejeição*, em alguns casos, do código *binário*.

Com a fusão das soberanias jurídica e política a partir, principalmente, do século XVII, supera-se a ideia de legislação como ‘iurisdictio’.¹⁷⁶ Na passagem do Estado fundado no *status* para o Estado absoluto, algumas competências foram adicionadas às tradicionais do legislador, entre elas a de interpretar leis nos hoje chamados “casos difíceis”. No absolutismo francês, não havia separação entre o poder de julgar e o de legislar. A indivisibilidade e plenitude desses poderes fizeram com que coubesse ao rei preencher as lacunas do direito. Além de “dizer a lei”, nos casos de interpretação problemática se concebia o recurso ao *référé législatif*: o legislador era chamado para dar uma resposta.¹⁷⁷

Em 1766, Luis XV declara ser detentor de todo o poder legislativo, sem restrições e em sua plenitude: o rei considerava prerrogativa exclusiva sua preencher lacunas e atender,

¹⁷⁶ Cf. Niklas Luhmann. *Das Recht der Gesellschaft* (1993). Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 301. De acordo com essa ideia, a lei “diz” o que é o direito, com base na autoridade suprema de um soberano. A soberania política, que pautou a discussão quando da origem das constituições, permitiu ocultar o que isso significaria para o sistema jurídico: o seu fechamento operativo. Niklas Luhmann. *Das Recht der Gesellschaft* (1993). Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 476.

¹⁷⁷ Niklas Luhmann. *Das Recht der Gesellschaft* (1993). Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 303 (citando Jean Domat, *Les loix civiles dans leur ordre naturel* e Mohnhaupt, *Potestas*). Da mesma forma, contudo, a constitucionalidade de uma lei seria objeto de apreciação judicial, de modo que o limite a partir do qual os casos deixavam de exigir interpretação para exigir legislação seria, de alguma forma, decidido pelos tribunais. Além disso, o *référé législatif* não era o único recurso utilizado para o preenchimento de lacunas do direito: nos *arrêts de règlement*, destinados a preencher lacunas *d’ordonnances*, o rei poderia cassar uma decisão já tomada pelo tribunal. Ver John Gilissen, *Le problème des lacunes du droit dans l’évolution du droit médiéval et moderne* (1967), in Chaim Perelman, *Le problème des lacunes en droit* (1968), Bruxelles, Établissements Émile Bruylant, 220-231.

juntamente com seu Conselho, aos juízes em caso de dúvidas.¹⁷⁸ Só ao final do século XVIII a diferença entre legislação e jurisdição alcançaria a conformação atual. O *référé législatif* permanece em uso, contudo, mesmo após a Revolução Francesa,¹⁷⁹ graças ao fato de que o método dos tribunais era concebido de forma irrealista – em uma concepção que mostraria rapidamente a sua irrealidade. Trata-se do entendimento de que ao juiz bastava realizar um raciocínio dedutivo para retirar, da lei, a solução correta para o caso. O perfeito, ainda que frágil, espantalho do “juiz boca da lei”.

Uma visão rigidamente dogmática da separação de poderes, vista como uma proteção contra o absolutismo real, curiosamente não se desfaz de um dos importantes mecanismos do Estado absoluto, o que torna o *référé législatif* objeto da crítica de Portalis. A solução para os casos complexos parecia simples: o juiz deveria se abster de julgar e demandar do legislativo que preenchesse a lacuna. Logo se percebe, no entanto, que a solução amplia demasiadamente os poderes do legislativo e cria o inconveniente do exame retroativo. Uma fórmula mais clara a respeito da separação de poderes é demandada. O *référé législatif* só passaria a ser recusado quando essa formulação surge ao lado da proibição da denegação de justiça.¹⁸⁰

A partir do século XIX, o modelo hierárquico da relação entre legislação e jurisdição é enfraquecido, ainda que não substituído. No regime napoleônico, a interpretação das leis é confiada ao poder executivo. Em 30 de julho de 1828, a lei que previa a possibilidade de revisão das decisões da Corte de Cassação pelo *Corps législatifs* é finalmente derogada pela previsão de uma segunda “cassação”, a Corte de Apelação, que

¹⁷⁸ Alfredo Mordechai Rabello, *Non Liqueat: From Modern Law to Roman Law in Annual Survey of International & Comparative Law* (2004), Vol. 10, Iss. 1, Article 2, 3-4.

¹⁷⁹ O *référé législatif* não deixa de constar da primeira organização judiciária, por meio do decreto de 1790 (título II, art. 12), que prevê o endereçamento aos corpos legislativos em caso de necessidade de formular uma nova lei. Esta a origem do artigo 5 do Código Civil de 1804: “*Il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire*”. Em 1790, é instituído também um tribunal de Cassação, com a função de rever julgamentos que contrariem expressamente a lei. Não obstante, se, após a revisão, a decisão fosse atacada pelos mesmos meios que haviam atacado a primeira decisão, fazia-se referência aos *Corps législatifs*. Cf. John Gilissen, *Le problème des lacunes du droit dans l'évolution du droit médiéval et moderne* (1967), in Chaim Perelman, *Le problème des lacunes en droit* (1968), Bruxelles, Établissements Émile Bruylant, 241-244.

¹⁸⁰ O inconveniente oposto – esvaziar o poder legislativo – passa a ser mitigado pela necessidade de motivar a decisão. Cf. Chaim Perelman, *Le Problème des Lacunes en Droit: Essai de Synthèse* (1967) in Chaim Perelman, *Le problème des lacunes en droit* (1968), Bruxelles, Établissements Émile Bruylant, 542-543.

então passava a exarar juízos definitivos.¹⁸¹ Problemas de interpretação levam à construção de uma pluralidade de métodos e permitem superar a irreal concepção dedutivista. As possibilidades interpretativas se ampliam e o direito constrói a diferença legislação/jurisprudência. Mesmo com toda essa pluralidade, no entanto, os métodos servem a apenas uma diferença: a atribuição dos valores lícito/ilícito. O sistema jurídico já não conta com um valor de rejeição, como a “razão de estado”, ou a possibilidade de remissão a uma instância política, como no *référé législatif*.¹⁸² Encontra-se preso no círculo criado pelo seu próprio fechamento operativo – e o círculo se fecha pela proibição da denegação de justiça.

Algo muito semelhante ocorrera, como vimos, no sistema econômico. Esse sistema também teve de lidar com situações-limite na afirmação de sua modernidade. Em especial, a situação na qual a própria economia permitia a produção de lucros não justificados pela “normalidade” de mercado e motivados por comportamentos egoístas. Na semântica da época, situações em que se produziam preços “injustos”. A superação dessa concepção deu-se no sentido do incremento de autonomia, complexidade e instabilidade do sistema econômico. Mas nem por isso a economia passou a se obrigar a decidir economicamente todos os problemas que pudessem ter repercussão econômica. Em vez disso, desenvolveu a distinção entre problemas solúveis e insolúveis (reproduzindo uma distinção também utilizada pela ciência, mesmo que esta prefira dizer que *ainda não* há solução).

Também o sistema político enfrentaria seus dilemas na passagem para uma configuração moderna. A diferenciação funcional o colocaria diante de questões em que, por razões construídas como emergenciais, seria necessário romper com a ordem instituída. Isto é, seria necessário lidar com a arbitrariedade decorrente da ordem. A política teve de lidar com a “razão de Estado”. Essa noção, contudo, permitiria que o paradoxo da arbitrariedade fosse resolvido na possibilidade reflexiva de se decidir entre decidir e não

¹⁸¹ Cf. John Gilissen, *Le problème des lacunes du droit dans l'évolution du droit médiéval et moderne* (1967), in Chaim Perelman, *Le problème des lacunes en droit* (1968), Bruxelles, Établissements Émile Bruylant, 241-244. Na jurisprudência administrativa, já em 10 de março de 1818 o artigo 13, §6º da lei sobre o Conselho de Revisão estabeleceu que: “*Hors l'ecas prévu par l'article 16, les décisions du Conseil de révision seront définitives*”. Louis Favoreau, *Du Déni de Justice en Droit Public Français* (1962), Thèse pour le doctorat en droit, Université de Paris, 549-558.

¹⁸² Não se trata aqui de essencializar o papel do legislativo ou de ignorar que um mesmo órgão possa apresentar comunicações de sistemas distintos. Ocorre que a decisão sobre um caso obscuro tomada pelo próprio responsável por editar normas coletivamente vinculantes não se deixa observar como simples comunicação jurídica.

decidir. Assim como o sistema econômico, a política não se obrigaria a decidir todas as questões, e precisamente por isso permaneceria “soberana”.

Não eram menores as questões enfrentadas pelo sistema jurídico na evolução da sociedade para uma diferenciação funcional. Mais uma vez, essa história pôde ser apresentada a partir de um conceito-chave: no caso, o de *référé législatif*. Lacunas e dúvidas interpretativas levaram a que os problemas fossem remetidos ao legislador. Tal possibilidade permaneceu, insistente, até que se completasse o círculo criado pelo fechamento operativo do sistema jurídico. Com uma diferença importante, porém: o direito assumiu o encargo de decidir todos os casos a ele submetidos. Uma sobrecarga tão grande quanto o silêncio a seu respeito, principalmente por parte dos próprios juristas.¹⁸³

Mas por que se submeter a essa tarefa *hercúlea*? Por que se obrigar a decidir todos os casos? Perguntas sobre os “porquês”, quando levam a investigações sobre a causalidade dos acontecimentos, são sempre difíceis de responder. Um observador pode selecionar determinados fatores e, com base neles, tentar traçar relações causais. Um autor como Del Vecchio pode então derivar a causa da proibição da denegação de justiça da necessidade de um indivíduo coordenar o seu comportamento com o dos demais.¹⁸⁴ Não é nosso objetivo traçar aqui esse tipo de relação. Em vez disso, perguntaremos *como* a proibição da denegação de justiça auxilia o sistema jurídico a cumprir sua função social e a oferecer prestações aos demais sistemas sociais.

Tentaremos, portanto, reformular a pergunta: como a proibição da denegação de justiça está relacionada à generalização congruente de expectativas normativas? Como

¹⁸³ Como observa Celso Campilongo, *Interpretação do Direito e Movimentos Sociais* (2012), Rio de Janeiro, Elsevier, 33 (apontando, por outro lado, a força da latência evidenciada por esse silêncio e a sua utilidade para o direito). Sobre a relação dos tribunais com os paradoxos do direito ver, do mesmo autor, *Política, sistema jurídico e decisão judicial* (2011), São Paulo, Saraiva, 151-164.

¹⁸⁴ Giorgio del Vecchio, *Sui principî generali del diritto* (1958), Milano, Giuffrè, 5, nota 1. (“In ciò consiste essenzialmente il diritto; e un diritto che, pur resolvendo alcuni casi della vita, si dimostrasse incapace di risolvere gli altri, si annullerebbe *ipso facto* da sè medesimo, poichè verrebbe meno alla sua funzione, che è appunto di costituire un ordine tra gli esseri conviventi (*hominis ad hominem proportio*). Solo in questo senso *pratico* il giurista è costretto sempre a pervenire a una conclusione, rispetto a ogni questione propostagli: un limite tra il lecito e l’illecito, tra l’esigibile e il non exigibile *deve* essere trovato, senza di che un tale limite sarà segnato in qualche modo nel fatto, *rebus ipsis dictantibus et humanis necessitatibus*; e il giurista dovrà finire col riconoscerlo – Se il biologo, il filologo, lo storico confessano di non sapere risolvere tutti i problemi che spettano alle rispettive scienze, ciò non è già perchè esse siano più modesti di qualsiasi giurista (come acenna il Kantorowicz), bensì perchè i limiti e le dubbiezze del sapere teoretico non sospendono il corso della vita”)

contribui para que, por exemplo, a economia possa realizar seus “cálculos racionais”¹⁸⁵ e a política se democratize?¹⁸⁶ Diante do que já expusemos, a resposta imediata é fácil: o sistema atua como sempre atua, ou seja, com base no seu código binário. Cada operação jurídica não pode estar preocupada com o desempenho da função do sistema. Não é trivial, contudo, que o sistema trabalhe com apenas dois valores. A ocorrência de conflitos e a importância de terceiros para a sua resolução torna, na verdade, improvável a estrutura estritamente binária. Pensemos em um conflito entre dois indivíduos: um afirma que a sua demanda é lícita, o outro afirma o contrário. Eles recorrem a um terceiro para decidi-lo. A autoridade e a imparcialidade desse terceiro repousa justamente no fato de não estar obrigado a decidir em favor de uma das partes. Um mediador tende a procurar uma solução entre extremos.¹⁸⁷

Desde uma perspectiva evolutiva, a improvável relação entre o código binário e proibição de denegação de justiça é de implicação mútua. O desenvolvimento de uma lógica de múltiplos valores decorrente da ausência do código binário criaria problemas de difícil administração no dia-a-dia da justiça. Sem a redução a dois valores, não haveria lógica praticável no sistema e possivelmente não haveria a compulsoriedade da decisão e a consequente responsabilidade social do direito pela sua função.¹⁸⁸ Por outro lado, a

¹⁸⁵ Niklas Luhmann, *Ausdifferenzierung des Rechtssystems* (1976) in *Ausdifferenzierung des Rechts* (1999), Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 40-41. A referência clássica aqui é Max Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft: Grundriss der verstehenden Soziologie* (1922), tradução para o espanhol de José Medina Echavarría, Juan Roura Parella, Eugenio Ímaz, Eduardo García Máynes y José Ferrater Mora, *Economía y sociedad: Esbozo de sociología comprensiva* (2ª ed. 1964, 5ª reimpressão 1981) especialmente 70, 648-650.

¹⁸⁶ Através do sistema político, a política permite a todos os cidadãos mobilizar diretamente o poder público para a realização de seus direitos, instaurando uma “dupla democracia” de eleição política e de direitos subjetivos. Ver Niklas Luhmann, *Die Rückgabe des zwölften Kamels* (1985; publicado em 2000) tradução de Dalmir Lopes Jr. *A restituição do décimo segundo camelo: do sentido de uma análise sociológica do direito* in *Niklas Luhmann: Do sistema social à sociologia jurídica* (2004), Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 90-91. Para a apresentação do esquema binário lícito/ilícito como segundo código da política, ver Marcelo Neves, *Entre Têmis e Leviatã* (2008), São Paulo, Martins Fontes, 89-95.

¹⁸⁷ Cf. Niklas Luhmann. *Das Recht der Gesellschaft* (1993). Frankfurt am Maim, Suhrkamp Verlag, 173.

¹⁸⁸ Niklas Luhmann. *Das Recht der Gesellschaft* (1993). Frankfurt am Maim, Suhrkamp Verlag. No clássico ensaio de G. H. Von Wright, *An Essay in Deontic Logic and the General Theory of Action*, o sistema fechado é definido como um sistema em que toda ação é por ele deonticamente determinada, e uma ação deonticamente determinada, por sua vez, como aquela que é “permitida ou proibida” nesse sistema. Sobre as dificuldades na interpretação do “Princípio de Proibição” (tudo está permitido *ou* proibido), com a conclusão de que dele não se originam necessariamente sistemas fechados, v. Carlos E. Alchourrón, Eugenio Bulgin, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales* (1975, 3ª reimpressão 1998), Buenos Aires, Astrea, 171-179. (“Pero la permisión fuerte y la prohibición fuerte, em cuanto caracteres de las condutas, no son contradictorias, pues cabe una tercera posibilidad, a saber, que del sistema no se pueda inferir ni la permisión ni la prohibición de la conducta” [175]). A ponderação desses autores é válida enquanto não se considere a necessidade de decidir entre lícito e ilícito.

distinção lícito/ilícito vem posta de modo universal somente quando atrelada à garantia de que, em caso de necessidade (imprevisível), a toda ação se poderá relacionar uma decisão jurídica.¹⁸⁹

Para garantir a universalidade da aplicação do código binário, constroem-se conceitos como os de demanda jurídica, direito subjetivo e sujeito de direito. A proibição de denegação de justiça tem como uma de suas consequências o acoplamento genérico entre direito material e processual. Diante da pressão temporal, esses mecanismos contribuem para garantir o acesso igual ao sistema e para limitar a busca pelo conhecimento (aprofundando a diferenciação entre direito e verdade). Não se veda com isso a busca por melhores pontos de vista, novas dúvidas ou alterações nas regras. O que não se permite no sistema é reexaminar uma decisão protegida pelo instituto da “coisa julgada”. Nesse ponto já adentramos o âmbito de um tema caro à teoria dos sistemas: o procedimento.

Em um livro tão citado quanto mal compreendido, Luhmann estuda a estruturação de expectativas através de procedimentos comunicativos fáticos desenhados para a tomada de uma única decisão obrigatória.¹⁹⁰ Esses procedimentos transformam conflitos indecidíveis, que tendem à generalização, em conflitos decidíveis, desviados para um processo de especificação. O ataque a tudo o que se refira aos adversários é substituído por um procedimento que tem como características a incerteza do resultado e a certeza de que uma decisão será tomada. Isso significa que os participantes do procedimento se comprometem com um resultado incerto da decisão, na esperança de o poderem influenciar. Essa situação pode ser reconstruída com base na teoria da observação da cibernética de segunda ordem.¹⁹¹

¹⁸⁹ Se internamente ao sistema isso é garantido pela proibição da denegação de justiça, no ambiente social se pressupõe um acesso à decisão jurídica que seja geral e igual, não limitado por estruturas extrajurídicas (por exemplo formação das pessoas, estratificação social, patrimônio, considerações morais, força física). Niklas Luhmann, *Gerechtigkeit in den Rechtssystemen der modernen Gesellschaft* (1973), in *Ausdifferenzierung des Rechts: Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie* (1999), Frankfurt am Main, Suhrkamp, 411-412.

¹⁹⁰ Não se trata, portanto, de estudo sobre o direito processual ou de uma formulação decisionista ou legalista do processo jurídico. No mesmo sentido, João Paulo Bachur, *Às portas do labirinto: para uma recepção crítica da teoria social de Niklas Luhmann*, (2010), Rio de Janeiro, Beco do Azougue, 244. Cf. Niklas Luhmann, *Legitimation durch Verfahren* (1969; 2ª ed. 1975), Hermann Luchterhand Verlag, Darmstadt.

¹⁹¹ Assim como em João Paulo Bachur, *Às portas do labirinto: para uma recepção crítica da teoria social de Niklas Luhmann*, (2010), Rio de Janeiro, Beco do Azougue, 247. (entendendo, porém, que a

O direito apresenta a decisão como algo já estabelecido, mas ainda não conhecido. Os participantes do procedimento observam-na como algo influenciável, desde que o juiz mantenha a sua imparcialidade, pois acreditam na própria expectativa como algo elevado e até absoluto.¹⁹² Nesse caso, premissas de expectativas, levam informações ao juízo.¹⁹³ Essas informações são observadas pelos tribunais, que podem apoiar-se em observações jurídicas sobre a justiça, verdade e consenso,¹⁹⁴ procedimentalizando as informações obtidas e realizando a atribuição dos valores lícito/ilícito. A decisão sobre essa atribuição é objeto de nova observação por parte do participante vencedor, que adquire uma posição jurídica capaz de levar a outras operações, e do participante derrotado, que aceita a decisão contrária sem por em perigo sua identidade pessoal¹⁹⁵ - ou protesta contra o resultado.¹⁹⁶ Todo esse procedimento pode, por sua vez, ser observado por terceiros, e aqui reside o ponto central da legitimação: uma eventual revolta contra a decisão tem de ser vista como autoisolamento, como um ressentimento particular e difuso que não pode ser institucionalizado. Quem nos diz é a sociologia, que observa como se dá essa reestruturação das expectativas.

É nesse contexto que os movimentos sociais apostam no Poder Judiciário e provocam decisões que podem servir de catálise para a política.¹⁹⁷ É desse jogo que as

legitimidade da decisão está relacionada à reestruturação das expectativas dos *envolvidos* ou *afetados* pela decisão).

¹⁹² Niklas Luhmann, *Legitimation durch Verfahren* (1969; 2ª ed. 1975), Hermann Luchterhand Verlag, Darmstadt, 107 (entendendo, com Durkheim, que isso não significa a realidade da moral mas apenas a forma como o moralista a imagina – em uma formulação mais recente, poderíamos dizer: como ele a observa).

¹⁹³ E com isso prestam um “trabalho não remunerado”. Cf. Niklas Luhmann, *Legitimation durch Verfahren* (1969; 2ª ed. 1975), Hermann Luchterhand Verlag, Darmstadt, 116. Não por acaso alguém chegaria a falar em “mais-valia social”. Gunther Teubner, *As Múltiplas Alienações do Direito: Sobre a Mais-Valia Social do Décimo Segundo Camelo* (2001), tradução de Dalmir Lopes Jr. in *Niklas Luhmann: Do sistema social à sociologia jurídica* (2004), Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris.

¹⁹⁴ As fórmulas utilizadas pelos tribunais para exprimir consenso, referências a sensibilidades do homem médio, a aspirações morais, soam vazias e não são objeto de verificação nos procedimentos, sendo normalmente tratadas como ficções legais. Ver Francesco Calabro, *Incertezza e Vincolo. Il racconto del diritto nel pensiero di Niklas Luhmann* (2007), Lecce, Pensa MultiMedia, 189, nota 178.

¹⁹⁵ Trata-se aqui da criação de um “clima social” capaz de justificar a aceitação da decisão pelo indivíduo sem acarretar um rompimento com o seu passado ou sugerir pouca confiança (ou quiçá culpa) de sua parte. Assim, o participante pode simplesmente explicar a sua mudança de comportamento com base na validade de uma decisão oficial.

¹⁹⁶ Assumindo o papel de humilhado, senão mesmo de doente. Cf. Niklas Luhmann, *Legitimation durch Verfahren* (1969; 2ª ed. 1975), Hermann Luchterhand Verlag, Darmstadt, 111.

¹⁹⁷ Cf. Katharine G. Young, *A Typology of Economic and Social Rights Adjudication: Exploring the Catalytic Function of Judicial Review* (2010) in *International Journal of Constitutional Law* 8 (3), 385–420; ver também Celso Fernandes Campilongo, *Interpretação do Direito e Movimentos Sociais* (2012), Rio de

empresas participam quando realizam “provisionamentos” dos custos incorridos (conforme um incerto resultado final) em processos jurídicos que necessariamente chegam ao fim. E é dessa forma que o direito, quando abandona as razões natural-teleológicas e sistematiza suas premissas em programas condicionais,¹⁹⁸ se torna capaz de estabilizar as expectativas.

Desde o final do século XIX, quando procedimentos desse tipo se consolidaram, assim tem sido o tratamento dado a todos os litígios jurídicos. Não se concebe mais a possibilidade de recorrer ao *référé législatif* nos casos obscuros, complexos ou difíceis. Não é que esses casos tenham deixado, porém, de existir. São eles que nos aproximam de uma construção paradoxal que a legitimação procedimental procura responder com a transformação da incerteza em uma questão de tempo – e que nós tentaremos observar com o aparato da teoria dos sistemas.

2. O PARADOXO DA DECISÃO INDECIDÍVEL

Estudamos na seção anterior a economia, a política e o direito na passagem da sociedade para uma diferenciação predominantemente funcional. Esse estudo foi feito a partir de alguns conceitos específicos que nos ajudaram a identificar como esses sistemas alcançaram o fechamento operacional. No caso do sistema jurídico, isso significa que o sistema, e apenas este sistema, opera exclusivamente a partir do código binário lícito/ilícito. Essa característica permite uma combinação entre especificidade e universalidade, na medida em que todos os temas podem receber um tratamento especificamente jurídico. A peculiaridade do direito está em se obrigar a oferecer uma decisão a *todos* os casos que se qualifiquem como jurídicos. Em algum momento, essa obrigação poderá levar à formulação (paradoxal) de uma pergunta: é lícito aplicar o código lícito/ilícito? Esta seção abordará a relação da proibição da denegação de justiça com esse paradoxo e com outros dele decorrentes.¹⁹⁹

Janeiro, Elsevier (distinguindo movimentos de integração dos movimentos de desintegração, conforme realizem ou não uma aposta genuína no sistema jurídico).

¹⁹⁸ Sobre os programas condicional e finalístico ver Niklas Luhmann, *Legitimation durch Verfahren* (1969; 2ª ed. 1975), Hermann Luchterhand Verlag, Darmstadt, 130. Sobre os programas finalísticos, cf. Niklas Luhmann, *Zweckbegriff und Systemrationalität. Über die Funktion von Zwecken in sozialen Systemen* (1968), Tübingen.

¹⁹⁹ Por paradoxo, referimo-nos aqui não apenas a uma contradição lógica, mas também a um estado de indecisão forçado logicamente. Cf. Niklas Luhmann, *Staat und Staatsräson um Übergang von*

a. Do *non liquet* aos *hard cases*

A proibição da denegação de justiça obriga o sistema jurídico a decidir todos os casos que se apresentem juridicamente em um tribunal. Isso significa ter de decidir também os casos mais complexos e, já por esse motivo, não é difícil intuir que o debate contemporâneo a respeito do papel dos juízes nos *hard cases* pressupõe essa obrigação. Mas há outro conceito, intimamente conectado à proibição da denegação de justiça, que chama a atenção especificamente para os dilemas decisórios provocados pela obrigatoriedade da decisão. Trata-se da “vedação do *non liquet*” – uma construção que, como o nome indica, remonta ao direito romano.²⁰⁰ Esta subseção partirá da comparação entre o *non liquet* do direito romano e o conceito de *hard case* incorporado à teoria do direito contemporânea para produzir observações que permitirão compreender os paradoxos analisados no tópico seguinte.²⁰¹

O período do direito romano a partir do qual há interesse teórico para o presente trabalho é do “arbitramento obrigatório”,²⁰² isto é, a etapa em que o Estado passou a obrigar os litigantes a escolherem um árbitro que determinasse a indenização a ser paga pelo ofensor. No sistema da *legis actiones* que exemplifica essa etapa havia, além da fase perante o magistrado (*in iure*), uma instância (*apud iudicem*) diante de um juiz popular

traditioneler Herrschaft zu moderner Politik in Gesellschaftsstruktur und Semantik: Studien zur Wissenssoziologie der modernen Gesellschaft (1989), Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 115, nota 140.

²⁰⁰ Interessante notar, nesse ponto, que um dentre tantos aspectos peculiares da trajetória intelectual de Luhmann é o fato de o sociólogo ter estudado, ao longo da graduação em direito, “sobretudo o direito romano”. Cf. Peter Gente, Heidi Paris und Martin Weinmann, *Niklas Luhmann: Short Cuts* (2000, 2º ed. 2002), Frankfurt am Main, Postfach, 12 (Quem nos diz é o próprio Luhmann: “*Ich habe vor allem römisches Recht studiert und die Examensnotwendigkeit eher nebenbei gedacht*”).

²⁰¹ Não se fará, portanto, uma reconstrução da evolução do sistema jurídico a partir desses conceitos, nos termos da teoria da evolução adotada por Luhmann, ou menos ainda um estudo histórico a respeito da decisão jurídica em casos não triviais. Trata-se aqui de uma estratégia de observação sociológica que busca se aproximar dos paradoxos do sistema jurídico a partir de debates relevantes. Pesquisas históricas e abstratas assumem estilos bastante distintos, mas que costumam se complementar. Também as pesquisas históricas são capazes de observar essa complementaridade: ver Mario Bretone, *Tecniche e Ideologie dei Giuristi Romani* (1971, 1975), Napoli, E.S.I., 232.

²⁰² A evolução das formas de resolução de conflitos no direito romano é dividida por Moreira Alves em quatro etapas: (i) uma primeira em que os conflitos são em regra resolvidos pela força (por exemplo, Lei das XII Tábuas); (ii) uma segunda em que surge o arbitramento facultativo (a vítima prefere uma indenização a uma vingança privada ou coletiva); (iii) uma terceira em que surge o arbitramento obrigatório (por exemplo, *legis actiones* e o *per formulas*) e (iv) finalmente, a etapa em que funcionários do próprio Estado passam a resolver os conflitos (por exemplo, *cognitio extraordinaria*). Cf. José Carlos Moreira Alves, *Direito Romano* (1965; 10ª ed. 1996), Volume I, Rio de Janeiro, Forense, 183-184.

(*iudex*) devidamente investido de poderes pelo magistrado.²⁰³ Nessa fase do procedimento admitia-se qualquer espécie de provas e se, ao final, o juiz não se julgasse conveniente esclarecido, poderia se eximir do julgamento com a declaração, mediante juramento, *sibi non liquere*.²⁰⁴ Como observa H. Lévy-Bruhl,²⁰⁵ as consequências dessa hipótese no sistema da *legis actiones* permanecem como conjecturas.

Outro sistema que exemplifica a fase do “arbitramento obrigatório”, além das já citadas *legis actiones*, é o do processo formulário. Neste procedimento (também na instância “*apud iudicem*”) o juiz poderia, após analisar as provas, realizar o juramento *sibi non liquere*, facultando aos litigantes voltar ao magistrado para que fosse escolhido outro juiz popular.²⁰⁶ O juramento de não “ver claro” poderia ter como consequência tanto o adiamento da decisão (*diffisio*) como a abstenção de oferecer um julgamento.²⁰⁷ As fontes encontradas a respeito desse juramento são, além da passagem de Aulus Gellius citada na Introdução, dois fragmentos do Digesto: um de Paulo, em que Pomponio defende que o juramento de não “ver claro” feito por um dos julgadores não prejudicava o julgamento do órgão colegiado tomado por maioria;²⁰⁸ outro de Ulpiano, assinalando, diante da falta de clareza da causa para o árbitro compromissário, que se desse um prazo para sentenciar.²⁰⁹

²⁰³ O que torna um erro entender sua função como “meramente privada”. Nesse sentido, H. Lévy-Bruhl, *Recherches sur les Actions de la loi* (1960), Paris, Sirey, 204-205.

²⁰⁴ Assim em José Carlos Moreira Alves, *Direito Romano* (1965; 10ª ed. 1996), Volume I, Rio de Janeiro, Forense, 195.

²⁰⁵ Cf. H. Lévy-Bruhl, *Recherches sur les Actions de la loi* (1960), Paris, Sirey, 221-243. Entendendo, em sentido diverso, que o abandono do litígio por parte do juiz obrigava “naturalmente” o magistrado a designar um substituto, Jose Luis Murga, *Derecho Romano Clasico: El proceso* (1980), Zaragoza, Secretariado de Publicaciones Universidad de Zaragoza, 314. O *sibi non liquere* não implicava, de todo modo, que não pudesse haver sanções tanto pela recusa de julgar como também em decorrência da ausência de julgamento.

²⁰⁶ Cf. José Carlos Moreira Alves, *Direito Romano* (1965; 10ª ed. 1996), Volume I, Rio de Janeiro, Forense, 223.

²⁰⁷ Ver Javier Paricio, *Iurare sibi non liquere* (1985) in *Atti del III Seminario Romanistico Gardesano* (1988), Milano, Giuffrè, 415-422. (confirmando a aparente contradição diversas vezes notada ao longo deste trabalho: o fato de o *sibi non liquere* ser, ao mesmo tempo, o juramento “mais curioso” sob a ótica moderna e raro objeto de literatura monográfica).

²⁰⁸ D. 42, 1, 36: “*Pomponius libro tringensimo séptimo ad edictum scribit, si uni ex pluribus iudicibus de liberali causa cognoscenti de re non liqueat, ceteri autem consentiant, si is iuraverit sibi non liquere, eo quiescente ceteros, qui consentiant, sententiam proferre, quia, etsi dissentiret, plurium sententia optineret.*” Situação análoga se verificava, ao final da era republicana, no âmbito criminal. Segundo a Lex Aquilia, após a apresentação formal da acusação (que poderia ser apresentada, salvo exceções, por qualquer cidadão privado que representasse o interesse público), constituía-se o júri e tomava lugar a discussão dos pontos controvertidos, com as sustentações do acusador e acusado. Algumas vezes, em decorrência do elevado número de abstenções (*sibi non liquere*) não se chegava à formação de uma maioria no sentido da

Após o período do “arbitramento obrigatório”, a solução para a dúvida do juiz (agora funcionário do Estado) é distinta. Na *cognitio extraordinária*, produzidas as provas, admitia-se a *consultatio*, que era uma remissão – equivalente *avant la lettre* ao *référé législatif* – dos autos ao imperador ou a magistrado superior. O juiz redigia um informe sobre o processo e expunha suas dúvidas. As partes, por sua vez, poderiam refutar as informações. Finalmente, eram os autos, informe e refutação encaminhados ao magistrado. No caso de dúvida jurídica, o caso retornaria ao juiz para julgamento sujeito a recurso. Em se tratando do imperador, este poderia decidir a causa ou remetê-la a outro magistrado para que a decidisse.²¹⁰ Paulatinamente, procurou-se evitar, contudo, a consulta ao imperador. O ponto culminante dessa tendência foi a proibição, da lavra de Justiniano, de consulta ao imperador em questões meramente factuais ou que pudessem ser inferidas de fatos,²¹¹ em formulação próxima à atual Súmula 7 do nosso Superior Tribunal de Justiça.

Das diversas reflexões que o *non liquet* pode ensejar, duas são especialmente relevantes para nossos propósitos. A primeira diz respeito à relação entre a possibilidade de jurar não “ver claro” e o tipo de responsabilidade assumida pelo *iudex* romano. Já pela forma de um juramento, é possível perceber o caráter de contrapartida ao juramento proferido quando da sua investidura no ofício.²¹² Mesmo quando atuasse nos limites desse ofício, porém, o juiz poderia ser responsabilizado por prejuízos causados aos litigantes, “fazendo seu” o litígio segundo a pretoriana *actio si iudex litem suam facerit*.²¹³ Diante da

condenação ou absolvição, podendo o o debate se renovar (*ampliatio*) uma ou mais vezes. Cf. Mario Talamanca (org.) V.v.a.a, *Lineamenti Di Storia del Diritto Romano* (2ª Ed. 1989), Milano, Giuffrè, 278-287.

²⁰⁹ D. 4, 8, 13, 14: “Proinde si forte urgeatur a praetore ad sententiam, aequissimum erit, si iuret sibi de causa nondum liquere, spatium ei ad pronuntiandum dari”. A interpretação feita por Ulpiano é distinta da de Alfredo Rabello, para quem o *non liquet* simplesmente permitia ao juiz que se eximisse de proferir a sentença. Cf. Alfredo Mordechai Rabello, *Non Liqueat: From Modern Law to Roman Law* (1972; 2004) in *Annual Survey of International & Comparative Law* (2004), Vol. 10, Iss. 1, Article (apontando, ainda, para uma diferença existente no Digesto [D. 5.11.79.1] entre a dúvida fática e a dúvida jurídica).

²¹⁰ Cf. José Carlos Moreira Alves, *Direito Romano* (1965; 10ª ed. 1996), Volume I, Rio de Janeiro, Forense, 251. Além dessa possibilidade, em certos casos, o magistrado poderia recusar aos litigantes o direito de iniciar um processo diante dele (*denegare iurisdictionem*). Ver, na mesma obra, [186-187].

²¹¹ Alfredo Mordechai Rabello, *Non Liqueat: From Modern Law to Roman Law* (1972; 2004) in *Annual Survey of International & Comparative Law* (2004), Vol. 10, Iss. 1, Article 2 (citando como fontes o Codex Theodosianus [XI, 29], Codex Iustinianus [VII, 61] e a Novella 125, de Iudicibus [543 AD]).

²¹² Isso é reconhecido, “de alguma maneira”, por Javier Paricio, *Iurare sibi non liquere* (1985) in *Atti del III Seminario Romanistico Gardesano* (1988), Milano, Giuffrè, 415-422.

²¹³ Jose Luis Murga, *Derecho Romano Clasico: El proceso* (1980), Zaragoza, Secretariado de Publicaciones Universidad de Zaragoza, 66. Em período anterior ao processo formulário, a possibilidade de “tomar o lugar do réu” é cogitada, inclusive, como uma das consequências da abstenção de julgar. Cf. H. Lévy-Bruhl, *Recherches sur les Actions de la loi* (1960), Paris, Sirey, 221-243 (diferenciando, porém, essa

gravidade dessa ação, não é difícil estabelecer uma relação entre a possibilidade de o órgão judicial se eximir da decisão e o alto grau da responsabilidade a ele atribuída pelo direito romano.²¹⁴

A segunda reflexão diz respeito aos parâmetros utilizados para a decisão. O juiz do sistema da *legis actiones* tinha ampla liberdade seja para examinar os meios de prova, seja na valorização da qualidade social e moral das partes.²¹⁵ No processo formulário, estava adstrito aos termos da fórmula: sua função era verificar a veracidade ou não dos fatos alegados pelo autor e condenar ou absolver o réu. Mas as regras de repartição do ônus da prova eram definidas conforme critérios de conveniência e, a não ser pela fórmula, também vigorava o livre convencimento.²¹⁶ Em contrapartida, seus atos eram sujeitos a regras de moral, honra e boa fama.²¹⁷ Na etapa seguinte, ao contrário, o juiz funcionário do Estado estava vinculado somente à observância da lei, sob pena de nulidade da decisão.²¹⁸ Nesse caso, e diferentemente das etapas anteriores, a resolução de eventual dúvida do juiz tinha um componente hierárquico – a *consultatio* a magistrado superior (que, sendo o imperador, frequentemente invocava uma decisão de equidade). A dúvida não era reapresentada simplesmente ou prolongada pelo adiamento da decisão. Sua solução era *qualificada* pela autoridade do consultado.²¹⁹

medida de espírito “taliônico”, apontada como uma “construção frágil” embora “sedutora”, da ação pretoriana existente no processo formulário dirigida ao juiz que se abstivesse de julgar).

²¹⁴ Estabelecem-na, por exemplo, Jose Luis Murga, *Derecho Romano Clasico: El proceso* (1980), Zaragoza, Secretariado de Publicaciones Universidad de Zaragoza, nota 439 (apontando para o caráter objetivo dessa responsabilidade e assumindo o *sibi non liquere* como uma “porta de saída”) e Alfonso Murillo Villar. *La motivacion de la sentencia en el proceso civil romano* (1995) in *Cuadernos de Historia del Derecho*. n. 2, Madrid, Editorial Complutense, 11-46.

²¹⁵ Cf. Gian Antonio Micheli, *L'onere della Prova* (1942), Padova, CEDAM, 13-16 (retomando o exemplo de Aulus Gellius).

²¹⁶ Ver Luigi Paolo Comoglio, *Le Prove Civili* (2010), Torino, Wolters Kluwer, 260, n. 47 (observando que a regra do *non liquet* não tinha, no direito romano, como necessária contrapartida a regra “legal” de julgamento *actore non probante reus absolvitur*, prevalecendo o princípio *si paret condemnato... si non paret absolvito*, pelo o qual se estabelece a plena liberdade de convencimento do juiz).

²¹⁷ Ver Jose Luis Murga, *Derecho Romano Clasico: El proceso* (1980), Zaragoza, Secretariado de Publicaciones Universidad de Zaragoza, 66. Não se pode esquecer que esses juízes, nomeados especialmente para cada processo, eram homens particulares cuja missão terminava com a sentença.

²¹⁸ Assim em José Carlos Moreira Alves, *Direito Romano* (1965; 10ª ed. 1996), Volume I, Rio de Janeiro, Forense, 223.

²¹⁹ Quanto ao papel dos juristas, variável conforme o período, este era sempre adstrito à solução prática do caso e, desde o fim do monopólio sacerdotal da interpretação, lícito a qualquer cidadão. Salvo pelos jurisconsultos oficiais do Principado de Augusto, que dependiam do *ius respondendi* e tinham responsabilidade moral pelas sentenças (já que suas opiniões eram vinculantes). Sobre o papel dos juristas romanos, Cf. Mario Bretonne, *Tecniche e Ideologie dei Giuristi Romani* (1971, 1975), Napoli, E.S.I., 224-227

Séculos depois, o problema de encontrar soluções jurídicas para casos complexos reapareceria na reflexão de Ronald Dworkin sobre os *hard cases*.²²⁰ Dessa vez, a questão encontra um sistema jurídico fechado operativamente e capaz de desempenhar de modo autônomo sua função social. Depara também com construções jurídicas menos ou mais rígidas como a da separação de poderes e a da proibição da denegação de justiça. Nesse contexto, a falta de clareza pode aparecer a um juiz hercúleo não como uma ocasião *para*, mas como um resultado *de* seu método de interpretação de textos legais. Para um observador comprometido (como veremos na última seção deste trabalho) com a necessidade de decidir, o “*non liquet*” não seria simplesmente uma questão de vagueza ou de ambiguidade, mas uma decorrência da existência de bons argumentos para cada uma das interpretações concorrentes.²²¹

A questão dos “casos difíceis” se põe inicialmente²²² como um desacordo entre “operadores do direito” razoáveis a respeito de direitos. Nos “casos fáceis”, por exemplo, diante de uma combinação de preços e divisão de mercado entre concorrentes em atas publicadas em veículos públicos, parece adequado afirmar que o juiz está simplesmente

(apresentando o direito romano como direito criado essencialmente por juristas, livres para inventar o direito “mesmo com” o vínculo normativo [nós poderíamos dizer, em linha com a epígrafe de Umberto Eco, livres *porque* vinculados]). A atividade criativa da “jurisprudência” atrelada ao caso concreto é pulsante sobretudo no período clássico. Ver Vincenzo Arrangio-Ruiz, *Storia del Diritto Romano* (7ª ed. 1984), Napoli, Dott. Eugenio Jovene, 270-271 (sobre o papel da doutrina, no período clássico, como guia da produção do direito através da sistematização de dogmas jurídicos); na mesma obra, a indicação de que a adesão à tradição predominaria no período imperial, 275-277 (“*Se direbbe sovente che parli per bocca di ognuno, più che il singolo pensatore, il pensiero giuridico del tempo*”). Também a respeito do período imperial tardio, Mario Talamanca (org.) V.v.a.a, *Lineamenti Di Storia del Diritto Romano* (2ª ed. 1989), Milano, Giuffré, 604 (considerando que a doutrina deixa de ser fonte de produção do direito, não produzindo obras originais).

²²⁰ Essa não é, evidentemente, a única formulação a respeito do tema. Mas o recorte se justifica por três motivos: (i) a construção de Dworkin se presta a uma observação de segunda ordem que encaminha alguns dos pontos mais relevantes do presente trabalho; (ii) trata-se de uma concepção bastante influente na teoria do direito contemporânea e (iii) esta é, sem dúvida, a referência sobre “casos difíceis” mais citada no debate recuperado no último capítulo. Para diferenças análogas à utilizada por Dworkin, conquanto partindo de pressupostos teóricos diversos, ver, por exemplo, H. L. A. Hart, *Concept of Law* (1961), tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara, *o Conceito de Direito* (2009) São Paulo, Martins Fontes, 326 e 356 (afastando-se da posição de Dworkin e definindo-os como “casos que o direito regulamentou de forma incompleta e para os quais não existe situação jurídica conhecida, ou direito claramente estabelecido, que justifique as expectativas”); Genaro R. Carrió, *Principios jurídicos y positivismo jurídico* (1970), Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 55-61 (distinguindo os casos marginais dos casos típicos) e Aulisius Aarnio, *The rational as reasonable: a treatise on legal justification* (1987), Dordrecht, D. Reidel Publishing Company (diferenciando os casos difíceis dos casos de rotina). Ver a discussão crítica em Jürgen Habermas, *Faktizität um Geltung. Beiträge zue Diskurtheorie des Rechts und des demokratische Rechtsstaats* (4ªed. 1994), tradução de Flávio Beno Siebeneichler, *Direito e Democracia: Entre facticidade e validade* (2ª ed. 2003) Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 245-295.

²²¹ Cf. Ronald Dworkin, *Law's Empire* (1986), Massachusetts, Harvard University Press, 352-353.

²²² Cf. Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously* (1977, 1978), Massachusetts, Harvard University Press.

aplicando uma regra preexistente (a que proíbe o cartel) a um novo caso. O argumento de Dworkin é que também nos *hard cases* um padrão existente é aplicado pelo juiz, ainda que não se possa encontrar uma regra de direito estabelecida. Também nesses casos “faria sentido” criticar o juiz caso este cometesse um erro ao decidir. A diferença é que os padrões adotados particularmente nos casos difíceis não funcionam como regras (que possuem a dimensão de validade), mas como princípios, *policies* e outros tipos de padrões (que apresentam a dimensão de “peso”).²²³ Talvez por uma questão de educação jurídica muito associada às regras estabelecidas, argumenta Dworkin, essa diversidade de padrões não teria sido devidamente observada pelos juristas. Mas as questões jurídicas seriam, no seu âmago, questões de princípios morais (entendidos como “jurídicos”).

Em obra posterior²²⁴ a ideia é retomada e aprofundada. São apresentados dois tipos de desacordos entre “operadores do direito” sobre a verdade de uma proposição jurídica: o desacordo *empírico*, quando se está de acordo sobre as bases do direito, mas não sobre a sua verificação em um caso particular; e o desacordo *teórico*, quando não se está de acordo sequer sobre o tipo de proposições que, se verdadeiras, tornariam verdadeira uma proposição jurídica particular. Casos difíceis como o da herança de Elmer e o do *snail darter* representariam uma disputa teórica sobre “o que é” o direito, ou seja, sobre qual das concepções melhor representa o conceito de direito.²²⁵ Se em alguns casos mais de uma interpretação sobrevive ao teste da adequação ao material jurídico disponível, há casos muito difíceis em que o juiz precisará desenvolver sua concepção de direito e moralidade política de um modo que elas se apoiem mutuamente.

O juiz que leve os direitos “a sério” proferirá uma decisão, mesmo nos casos difíceis, sobre os direitos das partes, ou seja, terá de desenvolver uma teoria geral sobre o

²²³ Princípio é a palavra genérica com a qual Dworkin se refere a padrões que não sejam regras. Esses podem ser distinguidos entre *policies*, padrões que estabelecem um objetivo a ser alcançado, geralmente uma melhora em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade, e princípios, como padrões que têm de ser observados, não porque contribuam ou assegurem uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque constituem uma exigência de justiça ou correção ou alguma outra dimensão da moralidade. Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously* (1977, 1978), Massachusetts, Harvard University Press, 22-23 (sem deixar de observar que essa distinção pode entrar em “colapso” em alguns casos).

²²⁴ Cf. Ronald Dworkin, *Law's Empire* (1986), Massachusetts, Harvard University Press (“um livro sobre o desacordo teórico no direito”, [11]).

²²⁵ A respeito do conceito de direito, o autor apresenta apenas traços bastante largos. Ver Ronald Dworkin, *Law's Empire* (1986), Massachusetts, Harvard University Press, 110 (“it supposes only that in a flourishing legal system the fact of law provides a case for coercion that must stand unless some exceptional counterargument is available”).

porquê de, naquele contexto específico, as regras criarem direitos. De acordo com a responsabilidade política, precisará aceitar uma teoria política geral que justifique suas práticas. Esse juiz, cuja apropriada alcunha é “Hércules”, confiará no seu próprio julgamento a respeito dos princípios da moralidade de sua comunidade.²²⁶ Dworkin desenvolve o conceito de “*law as integrity*” para explicar a atitude interpretativa diante de casos difíceis e utiliza a parábola de um romance escrito por uma pluralidade de autores para esclarecê-lo. “Hércules”, assim como o autor de um capítulo do romance, precisará escolher, dentre as interpretações adequadas aos “fatos brutos” da história (no caso de “Hércules”, a história jurídica), aquelas que apresentem a estrutura das instituições e comunidades jurídicas sob a melhor luz do ponto de vista da moralidade política.²²⁷

A dimensão hercúlea da tarefa, ainda que para um juiz ideal, jamais poderia ser atribuída a alguém que, como o *iudex romano*, pudesse ser responsabilizado pelos prejuízos eventualmente causados por sua decisão.²²⁸ Estamos diante de uma construção que pressupõe a independência e a irresponsabilidade dos juízes, como regra.²²⁹ Além disso, parafraseando Jhering, trata-se de uma teoria que se afasta do *non liquet* para, adquirindo um nível de abstração não conhecido na doutrina romana, melhor tentar servir à proibição da denegação de justiça. Diante de um sistema que não pode se contentar em buscar a “veracidade” dos fatos ou transformar indecisão em “consulta”, não são poucos os desafios implicados na tarefa de conferir um *sentido* às operações jurídicas, em especial às atividades interpretativa e argumentativa.

²²⁶ Que não é uma soma das posições morais dos seus membros, mas aquilo que essas posições morais dizem ser. Ver Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously* (1977, 1978), Massachusetts, Harvard University Press, 104-129. Não se trata, assim, de mera projeção pelo juiz de suas próprias convicções. Cf. Ronald Dworkin, *Law's Empire* (1986), Massachusetts, Harvard University Press, 342.

²²⁷ Ver Ronald Dworkin, *Law's Empire* (1986), Massachusetts, Harvard University Press, 229-258.

²²⁸ Ainda mais porque, lembremos com Luhmann, “fazer propaganda” de uma teoria não significa admitir a responsabilidade pelos seus defeitos. Niklas Luhmann. *Das Recht der Gesellschaft* (1993). Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 543-544.

²²⁹ O que não significa, evidentemente, imunidade criminal ou impossibilidade de reparação por ilícitos cometidos pelos juízes (em alguns países, inclui-se a denegação de justiça entre esses ilícitos). Ver Alessandro Giuliani; Nicola Picardi, *La responsabilità del Giudice* (1995) Milano, Giuffrè, 253-272 (tratando da passagem da responsabilidade do juiz para a responsabilidade do Estado) e Mauro Cappelletti, “*Who Watches the Watchmen? A comparative study of judicial responsibility*”, in *The American Journal of Comparative Law* (1983), Vol. 31, n. 1, 1-62 (dando conta da aplicabilidade limitada da responsabilização criminal e apontando a solução da responsabilidade civil estatal como uma solução sofisticada e avançada). A importância do tema chama a atenção para as suas exeções, que parecem apontar para situações de grave descumprimento do devido processo legal. Ver João Ozorio de Melo, “Juiz nos EUA terá de responder a processo por erros no julgamento”, disponível em <http://www.conjur.com.br/2014-set-23/juiz-eua-responder-processo-julgar-errado> (acesso em 24 de setembro de 2014)

A teoria não deixa os casos fáceis de fora dessa tarefa – esses também podem ser justificados pelo “direito como integridade”. A divisão entre os casos fáceis e os difíceis é menos rígida do que pode parecer. O que ocorre com os primeiros é que, diante deles, se evita fazer perguntas cujas respostas são conhecidas. Não passam, portanto, de um caso especial dos casos difíceis.²³⁰ Com isso, o problema de se decidir quando se está diante de um caso fácil ou difícil se torna, ao menos para “Hércules”, um pseudoproblema, uma vez que o seu método se aplicaria a ambos os casos (ainda que nem sempre fosse possível ou necessário tomar consciência disso). Nada impede que essa latência ganhe evidência novamente, quando um caso considerado fácil passa a ser considerado difícil (uma negociação entre uma coletividade de concorrentes para se contrapor a um “poder originário” da contraparte ainda deve ser punida?) e, depois de um período, novamente fácil embora com o sinal trocado (definindo-se, por exemplo, que o “poder compensatório” excepcionaria o ilícito de cartel).²³¹

Mas há algo que permanece latente na própria observação de Dworkin: um caso *fácil* torna mais *difícil* a observação do paradoxo da decisão jurídica. Na verdade, o autor se aproxima desse paradoxo quando afirma, por exemplo, que a solução de considerar a “regra de reconhecimento” como a totalidade dos princípios em vigor levaria apenas à tautologia de que o direito é direito.²³² Ou ao defender que não é possível afirmar que a legislação seja ela própria a fonte da regra segundo a qual o juiz deve dizer o que a legislação determina.²³³ Como convém a uma teoria do direito *no* direito, porém, o paradoxo é sempre formulado de modo negativo, como algo que precisa ser superado – ou, poderá dizer um observador, como algo que pode ser ocultado.

²³⁰ Assim em Ronald Dworkin, *Law's Empire* (1986), Massachusetts, Harvard University Press, 266 (acrescentando ainda que assim se explica porque os casos fáceis são fáceis). Em sentido análogo, já Karl von Savigny, *System des heutigen römischen Rechts* (1849), tradução de Jacinto Mesía e Manuel Poley, *Sistema del derecho romano actual* (1878), Tomo I, Madrid, F. Góngora y Compañía Editores, 146 (defendendo que a interpretação não estava restrita aos casos de obscuridade da lei).

²³¹ Ver Ronald Dworkin, *Law's Empire* (1986), Massachusetts, Harvard University Press, 353-354 (os exemplos são meus).

²³² Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously* (1977, 1978), Massachusetts, Harvard University Press, 44.

²³³ Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously* (1977, 1978), Massachusetts, Harvard University Press, 49.

b. Decidir sem programas de decisão

No mito islâmico,²³⁴ Deus instrui a Iblis que adore os homens. Iblis se nega, pois sabe que apenas Deus é adorável, e sua relação com Ele não poderia ser harmonizada com a observância dessa instrução. Encontra-se, então, diante de um dilema decisório: trairá a Deus ou deixará de obedecer a sua ordem. Os juízes no sistema jurídico também enfrentam seus dilemas. Foram instruídos a adorar a lei (ou outros programas especificamente jurídicos, como os precedentes) e, ao mesmo tempo, os homens, apresentando uma resposta a cada um dos conflitos que se apresentem em um tribunal. De uma maneira paradoxal, Iblis escolhe Deus contra Deus. Mas essa situação só pode ser descrita como um paradoxo por um observador que observa a instrução. Se Iblis não observasse, não se encontraria com o paradoxo – ele não “existiria”.

A teoria do direito apresenta algumas formulações clássicas a respeito da decisão na ausência de programas jurídicos suficientes. Kelsen, por exemplo, se vale da metáfora da “moldura”. Para o autor, ao determinar o conteúdo da norma inferior, a norma de escalão superior não vincula o intérprete em todas as direções, mas deixa uma margem à sua livre apreciação. A interpretação do direito vigente resulta, assim, na fixação de uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, todas elas “conforme ao Direito”. Mas o autor da Teoria Pura reconhece a possibilidade de uma aplicação “fora da moldura”.²³⁵ Trata-se da produção de uma norma que ultrapassa as possibilidades interpretativas oferecidas pelo direito positivo, desde que exista outra norma atribuindo a quem decide a devida competência: o “intérprete autêntico”.

Hart elabora a questão a partir do conceito de “textura aberta”. Para além dos casos em que a programação jurídica é nitidamente aplicável (por exemplo, uma norma a respeito da utilização de veículos se aplica ao uso de um automóvel), haveria outros nos

²³⁴ Ver Niklas Luhmann. *Die Wirtschaft der Gesellschaft* (1994), Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 118-119.

²³⁵ Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre* (1934, 2ª ed. 1960) tradução de João Baptista Machado *Teoria Pura do Direito* (1985; 7ª ed. 2006), São Paulo, Martins Fontes, 393-394. (“A propósito importa notar que, pela via da interpretação autêntica, quer dizer, da interpretação de uma norma pelo órgão jurídico que a tem de aplicar, não somente se realiza uma das possibilidades reveladas pela interpretação cognoscitiva da mesma norma, como também se pode produzir uma norma que se situe completamente fora da moldura que a norma a aplicar representa”).

quais “há razões”²³⁶ tanto para se afirmar sua aplicabilidade quanto para negá-la (no mesmo caso citado, a utilização de bicicletas, aviões ou patins). A essa “penumbra” de incerteza possibilitada pela lei ou pelo precedente Hart dá o nome de “textura aberta”. Nela, tudo o que se pode oferecer, muitas vezes é, como propunha o realismo jurídico, uma previsão a respeito da atuação futura e criadora dos tribunais. De qualquer forma, não cabe falar em regulamentação jurídica. “O ato de confiar aos juízes o poder de criar o direito para dirimir conflitos não regulamentados juridicamente”, diz Hart, “é o preço necessário a ser pago para evitar o transtorno que decorreria dos métodos alternativos de regulamentar essas disputas”.²³⁷ Caso, por outro lado, a maioria dos juízes passasse a tomar decisões que se afastam do “núcleo duro” das normas, e se essa atitude deixasse de estar sujeita a graves críticas, então estaríamos “jogando um outro jogo” – estaríamos diante de prática distinta.

As complexidades envolvidas na decisão “fora da moldura” ou na “textura aberta” já sugerem que descrever a decisão simplesmente como “escolha” não levaria muito longe (ou, se preferirmos, permaneceria na tautologia²³⁸). O que significa esse “escolher” quando se decide se uma prática é lícita? Pode-se tentar completar essa resposta com a noção de que a escolha, para ser uma decisão, deve se orientar a uma alternativa, reduzindo a complexidade do mundo a poucas variantes que são levadas em conta no momento de decidir. Mas esse passo seria também insuficiente. A pergunta sobre a alternativa da alternativa (o “outro lado” que a define como alternativa) leva, novamente, à suposição de um conceito de decisão. Como definir, em um caso jurídico, a alternativa “ilícito” senão como o outro lado da *decisão* que definiu uma prática como lícita, mas poderia ter feito o contrário?

Para avançar na explicação a respeito de *como* se decide, a teoria dos sistemas procura se valer, mais uma vez, da cibernética das observações. As observações indicam,

²³⁶ Assim em H. L. A. Hart, *Concept of Law* (1961), tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara, *o Conceito de Direito* (2009) São Paulo, Martins Fontes, 158.

²³⁷ H. L. A. Hart, *Concept of Law* (1961), tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara, *o Conceito de Direito* (2009) São Paulo, Martins Fontes, 355. É certamente possível optar por meios alternativos de solução de conflitos, desde que o caso seja decidido com base no código do direito. Essa discussão não costuma tocar, porém, a questão central que distingue as autoridades judiciais de outras instituições do sistema jurídico: não incomoda a obrigatoriedade de chegar a uma decisão. Ver Niklas Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft* (1993). Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 307-319. “Soluções alternativas” são recomendadas pelo menos desde Mateus 5:25 (“Entre em acordo depressa com seu adversário que pretende levá-lo ao tribunal. Faça isso enquanto ainda estiver com ele a caminho, pois, caso contrário, ele poderá entregá-lo ao juiz, e o juiz ao guarda, e você poderá ser jogado na prisão).

²³⁸ Cf. Niklas Luhmann, *Organisation und Entscheidung* (2000), Opladen, Wiesbaden, 123.

como já vimos, um lado da distinção. As decisões são observações que indicam um lado de uma *alternativa*, que é um tipo especial de distinção: a alternativa pressupõe que ambos os lados demarcados são alcançáveis. Isso quer dizer que ambos podem ser indicados. Se toda distinção produz um *unmarked space*, isto é, o horizonte do mundo não marcado pela diferença, na decisão são duas as distinções que precisam ser distinguidas: a decisão constitutiva, que distingue a distinção em relação ao mundo que permanece não marcado, e a diferença interna à alternativa, distinguida no interior da distinção. No nosso exemplo, significaria distinguir a distinção lícito/ilícito de tudo o que não é marcado por ela (o belo, o saudável, etc.) e, além disso, distinguir o lícito do ilícito. Se a decisão jurídica é uma decisão, tanto a licitude quanto a ilicitude podem ser indicadas.

Fica claro que a descrição da decisão como “escolha” é uma descrição tautológica porque a decisão mesma não se encontra nas alternativas.²³⁹ Não se trata de uma das possibilidades que se pode escolher. A decisão aparece justamente como o terceiro excluído (que é incluído). Trata-se de observar que, ao utilizar a distinção, não pode indicar a si mesmo. A decisão encontra-se no lugar onde a teoria dos sistemas supõe um paradoxo: a não “observabilidade” da operação de observar. O que permanece inobservável é que a alternativa mesma com a qual se trabalha (lícito/ilícito) é construída paradoxalmente, quer dizer, se baseia no fato de que a escolha desse esquema de observação não é observada concomitantemente à diferença que constitui a alternativa. Assim como não é possível perceber a cor da linha que separa duas cores contíguas, o juiz não pode perguntar se é lícito ou ilícito aplicar o código lícito/ilícito diante de um caso jurídico que ele precisa resolver. Mas então ele *pode* decidir porque *deve* decidir.²⁴⁰

Toda decisão que apresenta a si mesma como decisão carrega o paradoxo da não “observabilidade” da observação. O paradoxo torna-se oculto desde que não se possa admitir que a decisão não pode decidir sobre si mesma. Na medida em que cada decisão contém o seu oposto, os paradoxos decisoriais são também indecidíveis – embora as “indecidibilidades” (no sentido utilizado pelo matemático Gödel) sejam justamente o pressuposto da possibilidade de decidir. Toda decisão supõe que não se poderia decidir

²³⁹ Isso vale também para a decisão sobre o *non liquet* da *legis actiones* (“decidir ou não decidir”) e sobre o *non liquet* do processo formulário romano (“decidir agora, adiar a decisão ou não decidir”). Quanto à possibilidade de postergação, importante observar que sem a codificação ela nem mesmo seria possível, uma vez que não se reconheceria o que se posterga. Nesse sentido, Niklas Luhmann, *Die Gesellschaft der Gesellschaft I* (1997). Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 215-219.

²⁴⁰ Cf. Niklas Luhmann, *Organisation und Entscheidung* (2000), Opladen, Wiesbaden, 133-135.

previamente.²⁴¹ Citando Heinz Von Foerster, Luhmann sintetiza: “Only *those* questions that are in principle undecidable, *we* can decide”.²⁴² As indecidibilidades só podem ser decididas por meio de decisão.

Nem por isso recomenda-se abandonar os paradoxos e chegar à conclusão de que “qualquer coisa serve”. A solução mais comum – atribuir à decisão um momento de arbitrariedade²⁴³ – não resolve o problema, antes posterga a explicação. A questão é entender quais “desdobramentos”²⁴⁴ do paradoxo funcionam de forma convincente: e para tanto é preciso observar o sistema que consegue manter a recursividade de suas operações (o sistema autopoietico) e observar as suas condições. Nosso olhar se concentra no sistema jurídico. O paradoxo da unidade do direito consiste na premissa paradoxal de que é possível decidir, licitamente, sobre o lícito e o ilícito. Esse paradoxo é desdobrado em regras jurídicas que definem o que é lícito e o que é ilícito. Ocorre que a unidade da diferença dos valores retorna ao sistema jurídico na forma de uma “textura aberta”: há questões que não podem ser decididas com base nessas regras. Mesmo nesses casos, o direito se força a tomar decisões e as possibilita com base em regras de competência que permitem a produção de um direito judicial e de regras de conduta que obrigam os juízes a decidir. Ou seja, o direito encaminha o reingresso da questão por meio da proibição da denegação de justiça.²⁴⁵

²⁴¹ Para uma apresentação didática e histórica dos chamados problemas indecidíveis, ver <http://www.ufrgs.br/alanturingbrasil2012/presentation-RuyQueiroz-ptBR.pdf>. Sobre os problemas matemáticos para os quais não existem regras lógicas capazes de substituir a função criadora do homem, ver Carlos E. Alchourrón, Eugenio Bulygin, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales* (1975, 3ª reimpressão 1998), Buenos Aires, Astrea, 133-137.

²⁴² Niklas Luhmann, *Organisation und Entscheidung* (2000), Opladen, Wiesbaden, 132 (a obra citada é *Ethics and Second-order Cybernetics*). Ver também Niklas Luhmann, *Die Gesellschaft der Gesellschaft I* (1997). Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 171-189.

²⁴³ Para comunicar a decisão junto com sua alternativa, sem cair na arbitrariedade, deve-se comunicar também uma “metainformação” segundo a qual quem decide tinha o direito, a autoridade ou boas razões para decidir do modo como decidiu. “Relato” e “cometimento” não podem ser distinguidos, pois isso tornaria visível o paradoxo. Niklas Luhmann, *Organisation und Entscheidung* (2000), Opladen, Wiesbaden, 142-143. Utilizando os termos relato e cometimento, ver Tercio Sampaio Ferraz Jr., *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação* (1988, 5ª ed. 2007), São Paulo, Atlas, 107.

²⁴⁴ Desdobrar um paradoxo significa reprimi-lo por uma distinção que trabalha com identidades, as quais podem ser comunicadas em forma relativamente convincente, sem que “ninguém” pergunte pela unidade da distinção. Niklas Luhmann, *Organisation und Entscheidung* (2000), Opladen, Wiesbaden, 129 (excetuando, talvez, os filósofos).

²⁴⁵ Ver Niklas Luhmann. *Das Recht der Gesellschaft* (1993). Frankfurt am Maim, Suhrkamp Verlag, 204-205 (apontando que algo semelhante ocorre com a ideia de abuso de direito, embora nesse caso o tratamento dado pelo direito esteja mais próximo do direito material que do direito processual).

Ao renunciar à possibilidade de não decidir, o sistema jurídico põe os tribunais diante do paradoxo da decisão indecível e os obriga a traduzi-lo em distinções manejáveis: por exemplo, decisão/consequências e princípio jurídico/aplicação. Na “penumbra”, o sistema jurídico também procura ocultar o caráter paradoxal da decisão oferecendo uma série de distinções por meio das quais decisões são tornadas disponíveis. Os tribunais precisam decidir quando não há possibilidade de referência a um direito “incontestável”. Eles têm de construir direito sem poder garantir que esse programa seja válido para outras decisões.²⁴⁶ O recurso à moral não resolve a questão: ele não leva, na sociedade moderna, a uma validade incontestável das regras de decisão escolhidas para os “casos difíceis”. A referência à moral, tal como a referência a comunicações científicas, econômicas ou políticas, tem de ser transformada juridicamente. Tampouco decorre das decisões nos casos difíceis a exigência de justificação extrajurídica (moral, por exemplo) para todas as decisões jurídicas.²⁴⁷ Mesmo quando presente a referência à moral, é possível perceber que ela está fundamentada em um programa jurídico: a proibição da denegação de justiça.

Nos tribunais, a necessidade (ter de decidir) transforma-se em liberdade (pode-se fazer uso de diversas distinções). Não se trata de liberdade ilimitada. As decisões são um resultado comunicativo (e não operações psíquicas) que, no interior de organizações, levam em consideração outras comunicações do sistema. Elas se baseiam em um passado que oferece recursos que poderiam ter sido utilizados de outra maneira e em um futuro que poderia incluir outras possibilidades. Em síntese: um “esquema de contingência”.²⁴⁸ Tomada no presente, a decisão sempre poderia ter sido de outra forma. Emersa de algum ponto da “moldura” (ou de fora!), ela não determina o futuro e, portanto, não pode ser determinada pelo passado.²⁴⁹ Mas aos tribunais cabe controlar, por meio da interpretação, a consistência das decisões. Kelsen já havia observado que a ideia de que a determinação da decisão pudesse ser obtida através do *conhecimento* do direito preexistente seria uma

²⁴⁶ Por isso, em sistemas que preveem vinculação aos precedentes, distingue-se (em uma análise *a posteriori*) entre *ratio decidendi* e *obiter dictum*, restringindo o efeito vinculante ao que efetivamente produz validade jurídica. Ver Francesco Calabro, *Incertezza e Vincolo. Il racconto del diritto nel pensiero di Niklas Luhmann* (2007), Lecce, Pensa MultiMedia, 184-185, nota. 166.

²⁴⁷ Nesse sentido, Niklas Luhmann. *Das Recht der Gesellschaft* (1993). Frankfurt am Maim, Suhrkamp Verlag, 85-86, nota 85.

²⁴⁸ Cf. Niklas Luhmann, *Organisation und Entscheidung* (2000), Opladen, Wiesbaden, 140-141.

²⁴⁹ Cf. Niklas Luhmann. *Das Recht der Gesellschaft* (1993). Frankfurt am Maim, Suhrkamp Verlag, 309.

“autoilusão contraditória” com a possibilidade de interpretação. Se a decisão é o terceiro excluído em relação às alternativas, a resposta não pode ser “encontrada” em algum dos programas utilizados como critérios para atribuição dos valores lícito/ilícito. A apresentação da decisão como uma mera “descoberta” não consegue esconder o fato de que é preciso que haja alternativa para que se possa decidir.

Entre a proibição da denegação de justiça e a possibilidade de alcançar decisões convincentes, encontra-se a *coisa julgada*. Outros institutos são relevantes.²⁵⁰ A organização e profissionalização da competência jurídica viabilizam a independência do Judiciário, sem a qual dificilmente haveria obrigação de decidir em uma sociedade complexa. A organização assume o risco das consequências das decisões dos juízes e garante que os erros serão juridicamente trabalhados. Além disso, o prestígio dos “experts” (que operam em uma arena altamente seletiva do que é legalmente relevante) e a habilidade dos advogados em manter contatos amigáveis (mesmo quando o conflito entre seus clientes sai do controle) servem como “amortecedores” para que os tribunais possam modificar *o direito* por meio de interpretação e aplicação *do direito*: a discussão procura se restringir a uma discussão jurídica. A obrigação de decidir não transforma o sistema jurídico em um sistema “imperialista”. Como percebe Kafka *diante da lei*, a proibição da denegação de justiça leva, na verdade, à restrição das possibilidades de acesso. Por ser o lócus onde isso se realiza, o tribunal se situa no “centro” do sistema jurídico.²⁵¹

Os tribunais também abrigam um importante mecanismo, já abordado neste trabalho, para lidar com o paradoxo: o procedimento jurídico. O paradoxo da unidade da diferença lícito/ilícito poderia ser encaminhado de diferentes formas. Uma duplicação do lado positivo levaria à licitude da decisão judicial sobre o que é lícito ou ilícito. Uma

²⁵⁰ Ver Niklas Luhmann. *Das Recht der Gesellschaft* (1993). Frankfurt am Maim, Suhrkamp Verlag, 316-320.

²⁵¹ A diferença centro/periferia não pode ser tomada como diferenciação hierárquica. O judiciário não é mais relevante que o parlamento apenas porque as leis, como os contratos, estão localizados na “periferia” do sistema jurídico. Assim como o sistema depende do ambiente, o centro não pode operar sem a periferia. A diferença é que as leis não *devem ser* promulgadas e contratos não *devem ser* ser firmados. Se aquelas podem ser “necessárias” por razões políticas e estes por razões econômicas, o direito permanece autônomo para considerar essas razões como juridicamente relevantes: o sistema jurídico pode obrigar o detentor de um monopólio a realizar contratos. Ver Niklas Luhmann. *Das Recht der Gesellschaft* (1993). Frankfurt am Maim, Suhrkamp Verlag, 320. Uma consequência é que, no centro, outras diferenciações se fazem possíveis, tais como diferenciações por competências ou regionais. Ver, na mesma obra [570]. O ilícito oferece as melhores perspectivas de pesquisa neste campo: ver os comentários de Orlando Gomes, *Direito e desenvolvimento* (1961), Salvador, Publicações da Universidade da Bahia, 58 (sobre a variada eficácia do direito brasileiro conforme as regiões do país).

duplicação do lado negativo levaria à conclusão de que é ilícito que se decida. Como nesse metanível tampouco se resolveria a questão, o sistema jurídico opta por construir uma diferença temporal: trabalha com um procedimento unitário de diferentes episódios que tem a função de produzir a incerteza por meio do adiamento da decisão. Não se abdica, com o procedimento, da lógica binária. Adota-se, na verdade, um valor autoindicativo da indecidibilidade do presente. Com base no código binário, em algum momento o juiz tem de decidir. É a combinação da certeza da decisão e do código binário com a incerteza do seu conteúdo e do seu momento²⁵² – não importa que o direito se apresente com a imagem paradoxal de um sistema no qual todas as decisões já foram tomadas de antemão.

Outra opção seria (e recordemos o recurso à razão de Estado) permitir a autorrejeição do código. Mas essa é uma construção paradoxal, na medida em que se baseia na licitude da rejeição da própria alternativa lícito/ilícito. O direito moderno prefere se valer de construções simbólicas, como a justiça e a legitimidade, que tornam possíveis as decisões. Muitas vezes, acabam aproximando-se do paradoxo. Representam que a legislação tem por base uma decisão política; pressupõem que a teoria do direito seria uma ciência com norma fundamental; protegem, com violência, a decisão da incerteza das premissas; ou afirmam a certeza de decisões “equitativas” diante da ambiguidade. Pode-se apelar também para a integridade captada por um juiz hercúleo. A questão é: uma vez que o sistema jurídico admite a competência e a obrigação de decidir todos os casos, ele *precisa* dessas construções? E se o direito as *utiliza* com referência à política, a ciência ou a moral, se ele as *utiliza* sem as *possuir*, essas construções podem ser “devolvidas”?

Cada operação do sistema tem de se apoiar em certos pressupostos que, apesar de variarem com as operações (basta ver os diferentes exemplos acima citados), não podem ser colocados em questão por essa própria operação. Nesse sentido, o direito precisa de construções que tornem possível a tomada de decisões. A positividade é um exemplo de construção simbólica que não é “devolvida”. Por outro lado, o paradoxo constitutivo do direito encontra a possibilidade de decidir em uma bifurcação: com o código binário, toda operação produz também o seu contrário. O paradoxo é tratado como contradição (entre

²⁵² Não se cuida aqui da geração de um estado psicológico de incerteza subjetiva. Partindo de outros pressupostos, é o que também percebe Angelo Falzea, *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica: ii. dogmatica giuridica* (1997), Milano, Giuffrè Editore, 203. (“Quanto alla situazione iniziale di incertezza il diritto non ritiene sufficiente un mero stato soggettivo. Ciò che è capace di mettere in moto i meccanismi giuridici dell'accertamento non è un dubbio della mente, ma una circostanza esterna ed esteriormente apprezzabile che rende oscura e perplessa la situazione”).

lícito e ilícito) e isso permite a sua eliminação como uma infração à lógica. Uma distinção temporal (primeiro o direito, depois o não direito) se vale da assimetria propiciada por essa contradição e permite distinguir, por exemplo, entre legislação e aplicação. Quem pode ver a autorreferência como um paradoxo também pode dispensar a desparadoxização pressuposta em cada operação do sistema.

Luhmann ilustra essa situação a partir de uma história sobre camelos.²⁵³ Um rico beduíno deixa como herança aos seus filhos seus camelos divididos da seguinte forma: metade caberia ao mais velho, um quarto ao do meio e um sexto ao mais novo. Quando o beduíno vem a falecer, contudo, restam apenas onze camelos. O mais velho exige seis animais e é contestado pelos irmãos: afinal, seis camelos ultrapassam a metade que lhe cabe. O conflito é levado ao juiz, que coloca seu próprio camelo à disposição. A divisão, agora aritmeticamente simples com doze camelos, pode ser realizada. O mais velho recebe seis camelos; o do meio, três; o mais novo, dois; e finalmente, o juiz recebe seu camelo de volta. O décimo segundo camelo, sugere a narrativa, *seria e não seria* necessário.²⁵⁴ Para o juiz que o pressupõe na tomada de decisão, o camelo foi necessário. Mas o sociólogo, que não desparadoxiza o sistema, não precisa responder à questão: basta enxergar, como Iblis no mito islâmico, o paradoxo.

Em uma versão mais próxima do público brasileiro,²⁵⁵ a mesma história apresenta trinta e cinco camelos, em vez de onze, e cada um dos três filhos com direito a, respectivamente, metade, terça parte, e um nono da cáfila. Com a introdução do trigésimo sexto camelo por Beremiz Samir e a simplificação da decisão restam, porém, dessa vez, não apenas um, mas dois camelos. Na história de Malba Tahan, um deles é restituído ao

²⁵³ Cf. Niklas Luhmann, *Die Rückgabe des zwölften Kamels* (1985; publicado em 2000) tradução de Dalmir Lopes Jr. *A restituição do décimo segundo camelo: do sentido de uma análise sociológica do direito* in Niklas Luhmann: *Do sistema social à sociologia jurídica* (2004), Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris (como indicam os dois parágrafos anteriores, nesse texto complexo, sequer publicado em vida por Luhmann, há referências que vão de Immanuel Kant a Walter Benjamin, passando por Kelsen). Ver ainda Raffaele De Giorgi, *Sobre o Direito Kafka, Dürrenmat e a idéia de Luhmann sobre o Camelo*, tradução de Virgílio de Mattos in *Veredas do Direito* (2007), Belo Horizonte, V. 4, n. 7.

²⁵⁴ Essa ideia está de alguma forma presente na formulação de Kelsen segundo a qual “a norma fundamental pode, mas não precisa ser pressuposta” Hans Kelsen, *Allgemeine Theorie der Normen* (1979), tradução de José Florentino Duarte, *Teoria geral das normas* (1986), Porto Alegre, Fabris, 328. A validade unicamente hipotética de tal norma gera a ambivalência própria do camelo emprestado: ela se deve a uma instância exterior (a ciência) e é diretriz de operações (no direito).

²⁵⁵ Malba Tahan, *O homem que calculava* (1965, 62ª ed. 2003), Rio de Janeiro, Editora Afiliada, 21-

amigo, enquanto o outro é tomado pelo Homem que Calculava.²⁵⁶ O camelo que “sobra” torna evidente um dado que permanece obscuro na outra versão: a conta do testamento não é exata, ela não *fecha*. Ainda assim, o responsável pela solução não problematiza a decisão (como o faz Iblis e poderia fazer a sociologia²⁵⁷). Ele sabe que está obrigado a tomá-la, mesmo nos casos em que os programas jurídicos são falhos. Cego ao paradoxo, não revela latências que o direito ignora. Diante da proibição da denegação de justiça, não surpreende que essa problematização venha aparecer em um campo peculiar como o do direito internacional.

c. O paradoxo e o direito internacional

A proibição da denegação de justiça, tema deste capítulo,²⁵⁸ já foi objeto de positivação pelo legislador brasileiro no Decreto Legislativo nº 69 de 1965,²⁵⁹ onde se lê que “*por denegação de justiça (...) se entende: a inexistência de tribunais regulares, ou de vias normais de acesso à justiça; a recusa de julgar, de parte da autoridade competente, o retardamento injustificável da decisão judicial, com violação da lei processual interna*”. Em decorrência da norma, uma controvérsia submetida ao judiciário brasileiro por um estrangeiro não poderia ter o seu julgamento recusado ou realizado com violação da lei processual interna. Trata-se de documento que ratificou o Acordo de Garantia de Investimentos celebrado entre o Brasil e os Estados Unidos – um diploma que estabelece

²⁵⁶ Não há como deixar de notar que, na versão brasileira, a amizade como critério (na entrega do camelo ao amigo) ou a economia (no lucro auferido pelo calculista) “invadem” a tomada de decisão. Sobre o “direito invadido” em países periféricos como o Brasil, ver Marcelo Neves, *E se faltar o décimo segundo camelo? Do direito expropriador ao direito invadido* in Niklas Luhmann: *do sistema social à sociologia jurídica* (2004), Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris.

²⁵⁷ Ao observar, por exemplo, a economia, a política ou a moral observando o testamento: a partilha é economicamente eficiente? É moralmente “correta”?

²⁵⁸ Não se trata de equiparar a observação sociológica à autodescrição realizada pelo direito internacional. Já oferecemos uma definição preliminar do ponto de vista sociológico. Afinal, “os conceitos com os quais o jurista trabalha não correspondem de forma alguma ao sentido a que qualquer pessoa os daria, *em especial os sociólogos*” Niklas Luhmann, *Die Rückgabe des zwölften Kamels* (1985; publicado em 2000) tradução de Dalmir Lopes Jr. *A restituição do décimo segundo camelo: do sentido de uma análise sociológica do direito* in Niklas Luhmann: *Do sistema social à sociologia jurídica* (2004), Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 54 (grifei).

²⁵⁹

Disponível

em:

http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaNormas.action?numero=69&tipo_norma=DLG&data=19650715&link=s.

um ilícito internacional, portanto.²⁶⁰ Não nos parece que essa circunstância seja insignificante.

A origem da noção internacional da denegação de justiça remonta às “represálias privadas” medievais. Autorizadas por cartas de corso, chamadas “*lettres de manque et de représailles*”, as represálias permitiam que o demandante estrangeiro recuperasse seus bens (ou equivalentes a estes) diante de situações em que o sistema jurídico nacional se tivesse provado insuficiente para compelir o delinquente à reparação. Seu pressuposto, portanto, era uma espécie de “denegação de justiça” pelo Príncipe, ainda que essa noção só passasse a estar presente em tratados internacionais a partir do século XVI.²⁶¹ Com o surgimento dos Estados modernos e a jurisdição exclusiva sobre seus territórios, o sistema das represálias entrou em desuso, sendo substituído por represálias unilaterais vinculadas à “proteção diplomática”.²⁶² A noção de denegação de justiça paulatinamente se enquadraria em novo parâmetro, segundo o qual o Estado se torna responsável pela omissão de qualquer dos seus órgãos, sendo alargada para compreender não só a recusa de julgar, mas também as deficiências do aparelho jurisdicional.²⁶³

A abordagem adotada por aquele que é considerado o “pai” da denegação de justiça²⁶⁴ já reflete essa noção ampliada. Em obra datada de 1758, o teórico Emmerich de Vattel desenvolveu o tema a partir de três eixos. Os dois primeiros – a não admissão da defesa de direitos por estrangeiros perante tribunais ordinários e os atrasos prejudiciais ou equivalentes à recusa de julgar – se aproximam daqueles contemplados, mais de duzentos

²⁶⁰ Assim em José Carlos de Magalhães, *Competência Internacional do Juiz Brasileiro e Denegação de Justiça* (1988) São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 77, v. 630, 52-53.

²⁶¹ Cf. Louis Favoreau, *Du Déni de Justice en Droit Public Français* (1962), Thèse pour le doctorat en droit, Université de Paris, 8-10 (mencionando, ainda, que a explicitação da relação específica entre a represália e a denegação de justiça constará de um tratado franco-inglês datado de 1786).

²⁶² Alguns Estados simplesmente não admitiam a existência de exigências internacionais que pudessem sobrepujar normas nacionais. Ver Jan Paulsson, *Denial of Justice in International Law* (2005), New York, Cambridge University Press, 13-15 (citando, como auge dessa tendência, o caso *Don Pacifico*, no qual o Lord Palmerston ordenou o confisco dos navios no porto em retribuição ao não reconhecimento, pelo governo grego, da demanda de um britânico que tivera sua casa incendiada por um antissemita).

²⁶³ Outros autores defenderiam que a denegação de justiça não se restringe sequer aos órgãos judiciais. Poder-se-ia falar, acompanhando uma distinção interna ao direito já explicitada, em uma denegação de justiça “periférica” – cuja proibição não teria, entretanto, as mesmas consequências da proibição da denegação de justiça para o sistema jurídico. Ver Julius Stone, *Non Liquet and the function of law in the International Community* (1960), in *The British Year Book of International Law 1959* (1960), Oxford, University Press, 44-45 (com exemplos de “denegações de justiça” produzidas pelos poderes legislativo e executivo).

²⁶⁴ Assim em Jan Paulsson, *Denial of Justice in International Law* (2005), New York, Cambridge University Press, 65.

anos depois, no Decreto brasileiro. O terceiro eixo, por sua vez, seria objeto de intensa e duradoura discussão, na medida em que associava a denegação de justiça a julgamentos “manifestamente injustos e unilaterais”, adquirindo um caráter “substantivo” que incluiria o direito a uma interpretação correta, uniforme e livre de arbitrariedade.²⁶⁵

A abrangência da noção seria confrontada por juristas, especialmente da América Latina, que viram na proibição da denegação de justiça a possibilidade de cobrir hipocritamente uma “diplomacia dos canhões”, uma intervenção indevida nas decisões internas. No que ficou conhecido como a Doutrina Calvo (uma referência às ideias do jurista uruguaio Carlos Calvo), esses juristas defenderam, a partir do século XIX, a combinação de uma visão restrita da denegação de justiça com uma visão ampla a respeito da necessidade de exaustão dos remédios locais.²⁶⁶ Em um relatório de 1927 da Liga das Nações,²⁶⁷ Gustavo Guerreiro chega a considerar “inadmissível” que atrasos nas decisões pudessem ser considerados “denegações”. Surgem as “cláusulas Calvo”, as quais implicavam algum tipo de renúncia ao recurso a foro internacional por parte do comerciante ou investidor estrangeiro, como condição para atuar no país. Essa tendência gera uma bifurcação, ainda que posteriormente amainada:²⁶⁸ enquanto juristas anglo-saxões consideram denegação de justiça qualquer tratamento discriminatório contra estrangeiro, latino-americanos procuram restringi-la ao caso de impedimento, por autoridades judiciárias, do comparecimento perante tribunais ou à hipótese de oposição de entraves inescusáveis no processo jurídico.²⁶⁹ As discussões nesse âmbito teriam vida

²⁶⁵ Cf. Jan Paulsson, *Denial of Justice in International Law* (2005), New York, Cambridge University Press, 11-12 e 82 (defendendo não haver lugar para esse tipo de denegação de justiça no direito internacional moderno, e que casos extremos devem ser analisados como um produto de alguma violação do *due process*). Ver também, para uma comparação que aponta a inexistência dessa noção substantiva no direito nacional, com exceção da Suíça, [5]. Vale observar que o artigo X da Declaração Universal dos Direitos do Homem fala em “justa e pública audiência” por um tribunal.

²⁶⁶ Cf. Jan Paulsson, *Denial of Justice in International Law* (2005), New York, Cambridge University Press, 24-26 (entendendo que, na versão ampla, a Doutrina Calvo implica uma rejeição do direito internacional).

²⁶⁷ League of Nations Document C.196.M.70.1927

²⁶⁸ A doutrina Calvo encontra-se mitigada por acordos assinados pelos países latinoamericanos, nas últimas décadas, com destaque para a proteção de investidores. A contrapartida de Calvo, no século XX, pode ser apontada no jurista uruguaio Eduardo Jiménez de Aréchaga, presidente da Corte Internacional de Justiça e do Banco Mundial, que confirmou a ampla responsabilidade dos países pela denegação de justiça, vide o caso *SPP v. Egypt* (Pyramids Oasis).

²⁶⁹ Cf. José Carlos de Magalhães, *Competência Internacional do Juiz Brasileiro e Denegação de Justiça* (1988) Revista dos Tribunais, ano 77, v. 630, São Paulo, 52-53.

longa: na síntese de Jan Paulsson, “*one of the insights of the modern conception of denial of justice is that its evolution is bound to continue*”.²⁷⁰

Até aqui o debate revela dois caminhos abertos para o direito internacional. Pode-se simplesmente buscar garantir que uma decisão seja tomada em todo caso que se apresente juridicamente, de acordo com o ordenamento nacional, diante do tribunal de um país. Com isso se veda a diferenciação do acesso ou tratamento conforme a nacionalidade do sujeito, sendo o papel do direito internacional “reforçar” a proibição da denegação de justiça, ativando-se sempre que, por algum motivo, a proibição interna não seja obedecida. O outro caminho, o de uma noção ampliada da denegação de justiça, nos aproxima das construções paradoxais observadas em seções precedentes. Aqui haveria uma instância capaz de se perguntar se a “justiça” oferecida por um tribunal seria “justa”, “tempestiva” ou “unilateral”. Se em alguns casos podemos estar, de fato, diante de situações limítrofes (que na prática equivalem a uma ausência de julgamento) em outros parece clara a tentativa de desdobrar o paradoxo da decisão jurídica a partir de uma diferenciação hierárquica: do ponto de vista do direito *internacional*, é lícito ou ilícito que o tribunal *nacional* decida, em última instância, sobre o lícito/ilícito?²⁷¹

Como ocorre sempre que se tenta desdobrar o paradoxo em metaníveis, a questão retorna em relação às novas decisões “superiores” que precisarão ser tomadas. Assim, o mesmo direito internacional que mobilizara um debate para definir o sentido da “denegação de justiça” no âmbito das ordens jurídicas nacionais enfrentou, no século XX, o problema do *non liquet* em suas próprias decisões. Problema esse que não era novo (pelo menos não desde o direito romano) e também não era novidade no âmbito internacional. Já no século XIX há notícia de seu enfrentamento em uma arbitragem conduzida pelo Rei dos Países Baixos em 1831 e em outra realizada pelo Imperador da Rússia em 1889.²⁷² Mas a

²⁷⁰ Jan Paulsson, *Denial of Justice in International Law* (2005), New York, Cambridge University Press, 68.

²⁷¹ Ver Jan Paulsson, *Denial of Justice in International Law* (2005), New York, Cambridge University Press, 81 (defendendo que o ilícito internacional não pode se confundir com a má aplicação do direito nacional).

²⁷² Trata-se, respectivamente, do caso da *North Eastern Boundary* entre a Grã-Bretanha e os Estados Unidos e da disputa entre a França e a Holanda na fronteira da Guiana. No primeiro, o árbitro determinou parâmetros para uma decisão que não lhe parecia ser possível tomar de acordo com o direito, diante das evidências disponíveis. Na segunda, o Imperador só aceitou o convite para a arbitragem quando lhe foi permitido adotar linha intermediária que não coincidissem com nenhuma das propostas por cada uma das partes. Cf. Hersch Lauterpacht, *Some observations on the prohibition of ‘Non Lique’ and the completeness of the law* (1958) in *International Law: Collected Papers* (1975) Cambridge, University Press, vol. 2, parte 1,

discussão que nos interessa parte do artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, assinado em 1920 e anexado à Carta das Nações Unidas em 1945.²⁷³

O Estatuto define como função da Corte “decidir de acordo com o direito internacional as controvérsias que lhe forem submetidas” e lista, dentre suas fontes, as convenções internacionais, o costume internacional, os princípios gerais de direito e, como meio auxiliar, as decisões judiciais e a doutrina dos publicistas. Hersch Lauterpacht entende que o dispositivo teria contribuído para a vedação do *non liquet* ao incorporar o direito substantivo, na referência aos “princípios gerais do direito reconhecidos pelas Nações civilizadas”, evitando-se, assim, a ausência de decisões. A referência poderia ser vista aqui também como autorreferência: a própria vedação do *non liquet* constituiria um princípio geral, “talvez o mais geral dos princípios”.²⁷⁴ Essa posição é contestada por Julius Stone, que relativiza, em primeiro lugar, a contribuição do artigo 38 para sanar o *non liquet*. Que decisões opostas podem ser vinculadas a diferentes princípios (ou a um mesmo princípio) – observa o autor – é algo que já pertencia ao senso comum jurídico.²⁷⁵ A mera previsão de princípios gerais não seria, portanto, garantia de alcançar uma decisão. Mas o debate vai além desse ponto.

A associação da vedação do *non liquet* a um dos “princípios gerais”, assim como a sua inserção em estatutos internacionais, foi discutida durante a elaboração do “*Draft Convention on Arbitral Procedure*”, enviado em 1953 pela Comissão de Direito Internacional à Assembleia Geral das Nações Unidas. O artigo 12 desse documento estabelecia que “o tribunal não pode concluir pelo *non liquet* com base no silêncio ou obscuridade do direito ou do compromisso internacional”. Lauterpacht descreve as duas posições que teriam antecedido ao texto. De um lado, a posição prevalecente defendia o ganho de efetividade de um princípio, “ainda que autoevidente”, ao ser formalmente incorporado a um estatuto (Stone argumenta, nesse ponto, que mesmo que essa fosse a

219 (e nota 4). Ver também Gian Antonio Micheli, *L'onere della Prova* (1942), Padova, CEDAM, 253 (dando conta de controvérsia entre o Brasil e a Grã-Bretanha na qual se estabeleceu um “juízo de prioridade” para evitar o *non liquet*). Cabe observar, quanto à disputa entre França e Holanda, a confirmação de que a universalidade do código binário, no sistema jurídico, não se trata de algo natural ou evidente, mas antes de improvável aquisição evolutiva.

²⁷³ Promulgada, no Brasil, pelo Decreto nº 19.841/45.

²⁷⁴ Hersch Lauterpacht, *Some observations on the prohibition of ‘Non Lique’ and the completeness of the law* (1958) in *International Law: Collected Papers* (1975), vol. 2, parte 1, Cambridge, University Press, 221-222.

²⁷⁵ Cf. Julius Stone, *Non Lique and the function of law in the International Community* (1960), in *The British Year Book of International Law 1959* (1960), Oxford, University Press, 133

correta interpretação da visão dos membros da Comissão, a referência não resolveria a própria pergunta sobre o caráter “autoevidente” do princípio).²⁷⁶ De outro lado, defendia-se que a vedação do *non liquet* estava tão firmemente estabelecida como um princípio jurídico universalmente aceito – e praticado pelos tribunais – que uma afirmação expressa desse tipo seria desnecessária. Mais que a desnecessidade, os partidários dessa última posição enxergavam também *algum perigo* no fato de expor um princípio do direito costumeiro às “vicissitudes da codificação”.²⁷⁷

Escapando a essa controvérsia de contornos pragmáticos, a posição de Stone é clara: para ele, a vedação do *non liquet* é um princípio positivo. Ainda que não se consiga encontrar decisões nas quais as cortes tenham declarado o *non liquet* (e já no século XIX, acabamos de ver, a solução para o *non liquet* podia não ser essa), a proibição jurídica da declaração seria passível de questionamento.²⁷⁸ O autor se contrapõe àqueles que consideram a proibição do *non liquet* um axioma *a priori* do direito.²⁷⁹ Entre esses autores poderíamos situar o próprio Lauterpacht. Ocorre que este, embora afirme o caráter de “mais geral dos princípios”, nem por isso nega a possibilidade de que da vedação do *non liquet* decorram decisões injustas, contrárias à paz e ao progresso. E essa percepção o leva a fazer a pergunta silenciada, *algo perigosa*: “não seria melhor (...) que os tribunais internacionais pudessem declarar o *non liquet* – especialmente quando o direito é incerto ou controverso?”.

Sua resposta surge na forma de outra pergunta: é possível que os tribunais, além de decidirem conflitos com base no direito internacional, cumpram também o papel de sugerir

²⁷⁶ Julius Stone, *Non Liqueur and the function of law in the International Community* (1960), in *The British Year Book of International Law* 1959 (1960), Oxford, University Press, 125.

²⁷⁷ Cf. Hersch Lauterpacht, *Some observations on the prohibition of ‘Non Liqueur’ and the completeness of the law* (1958) in *International Law: Collected Papers* (1975) Cambridge, University Press, vol. 2, parte 1, 213. A observação a respeito do caráter *perigoso* da explicitação da vedação do *non liquet* será aludida em diversas passagens desta dissertação.

²⁷⁸ Mas ver Chaim Perelman, *Le Problème des Lacunes en Droit: Essai de Synthèse* (1967) in Chaim Perelman, *Le problème des lacunes en droit* (1968), Bruxelles, Établissements Émile Bruylant, 539-540. (argumentando que, quando as partes reconhecem a competência de um tribunal, reconhecem também o direito de suprir as lacunas da lei internacional, de modo que, embora em teoria o *non liquet* seja concebível, na prática sua ocorrência não se verifica).

²⁷⁹ Julius Stone, *Non Liqueur and the function of law in the International Community* (1960), in *The British Year Book of International Law* 1959 (1960), Oxford, University Press, 125-129. Ver também Gian Antonio Micheli, *L’onere della Prova* (1942), Padova, CEDAM, 251 (citando Cossio e, no nosso entender, inadequadamente Kelsen, além de afirmar que, na doutrina internacional, são poucos os autores que se colocam a questão da existência de uma norma que vede o *non liquet* – entre os que sustentam a inexistência, Nikolaos Politis, *La justice internationale*, 1924).

mudanças?²⁸⁰ Haveria aqui uma divisão entre a parte “operativa” da decisão, baseada no direito, e a “recomendação” para os casos em que direito e justiça não coincidam. Esse seria, contudo, um dever moral e não uma obrigação jurídica, além de depender das condições políticas e econômicas de cada nação. Para Stone essas recomendações não respondem à questão mais *perigosa*: não combinam com o contexto de uma suposta regra proibindo um tribunal internacional de declarar o *non liquet*. Em primeiro lugar, porque não há nesse âmbito propriamente um *legislador* ao qual recomendar. Tampouco se pode afirmar que haja vinculação a casos futuros. Por fim, e mais importante, não se esclarece por que o juiz, diante do espaço aberto pela indeterminação do programa jurídico (e é nessas condições, e não nos casos corriqueiros, que se costuma discutir o *non liquet*) escolheria vincular-se a um conteúdo tão inaceitável a ponto de demandar a recomendação de modificações. Ora, sustenta o autor, a sabedoria e capacidade de previsão de um juiz apto a criticar a regra que acaba de ser criada poderiam justificar também a sua capacidade de decidir de outra maneira, diversa daquela por ele adotada e que se mostrou estar sujeita às suas próprias reprimendas.

Diante desses argumentos, Stone apresenta uma versão revisada da sugestão de Lauterpacht. A indicação de linhas desejáveis para o futuro desenvolvimento do direito seria apropriada, mas não em virtude da vedação do *non liquet*, e sim justamente nos casos em que as cortes estariam livres para declará-lo.²⁸¹ Haveria menos razões para supor que um juiz tem habilidades suficientes para produzir decisões para quaisquer casos, mesmo que “difíceis”, que para imaginar que ele está apto a decidir se está ao seu alcance produzir uma regra adequada para um problema novo.²⁸² Em um mundo que se modifica de forma dinâmica, parece-lhe ainda mais difícil responder com um singelo “sim” à questão da segurança do progresso do direito (internacional) colocado na mão de juízes que devem

²⁸⁰ Citando jurisprudência internacional, Hersch Lauterpacht, *Some observations on the prohibition of ‘Non Lique’ and the completeness of the law* (1958) in *International Law: Collected Papers* (1975), vol. 2, parte 1, Cambridge, University Press, 226-232.

²⁸¹ Julius Stone, *Non Lique and the function of law in the International Community* (1960), in *The British Year Book of International Law 1959* (1960), Oxford, University Press, 148-153 (Apontando, com base em pesquisa sobre as disputas entre estados americanos por águas dos rios - Kansas v. Colorado Revisited, de R.D. Scott, 1958 - para uma consequência nem sempre evidenciada no estudo da vedação do *non liquet*: exacerbar o conflito ao encorajar prematuramente uma postura mais intransigente).

²⁸² Julius Stone, *Non Lique and the function of law in the International Community* (1960), in *The British Year Book of International Law 1959* (1960), Oxford, University Press, 140-143 (criticando também a teoria de Sorat, para quem, em casos de “*insuffisance sociale*”, o direito não oferece qualquer regra e o tribunal não só é livre para declarar um *non liquet* como está obrigado a fazê-lo. Para Stone, o autor teria deixado de observar a diferença entre “permissão” e “obrigação jurídica” de decidir o caso).

decidir compulsoriamente. De modo semelhante às controvérsias internas a uma comunidade estudadas por Dworkin, Stone observa que, nesse contexto, os Estados passam a divergir não apenas sobre seus interesses, mas a partir de fundamentações éticas e jurídicas distintas.²⁸³

Seja qual for a posição prevalecente, esse debate nos leva a repensar algumas das descrições realizadas no item anterior. Se a proibição da denegação de justiça foi apresentada como uma importante característica do direito moderno, no direito internacional a sua própria existência, *a priori* ou positivada, é contestada. Se ali observamos que essa proibição força uma série de distinções que constroem o universo jurídico, aqui deparamos com um número limitado de normas, sua menor variedade, a restrição ao uso de analogia, dos princípios e do juízo de equidade.²⁸⁴ Finalmente, se a necessidade de ocultar o paradoxo constitutivo do direito foi identificada como uma das razões para a escassa literatura jurídica a respeito da vedação do *non liquet*, acabamos de constatar um debate entre jusinternacionalistas que se aproxima francamente do paradoxo, chegando ao ponto de perguntar, em pleno século XX, se “não seria melhor” que os juízes pudessem declarar o *non liquet* e se não estaria o “progresso do direito internacional” em maior segurança se fosse possível decidir se é lícito ou ilícito decidir, em determinado caso, pelo lícito ou ilícito.

Essas diferenças estão relacionadas a outras peculiaridades do direito internacional: a inexistência de uma constituição como acoplamento estrutural entre direito e política permitindo a separação entre os sistemas e fundamentando a produção legislativa; o exercício no mínimo incompleto de uma função social, incluindo dificuldades para a institucionalização de um consenso presumido; a incerteza sobre a relação autopoiética entre comunicações produzidas em diferentes territórios nacionais.²⁸⁵ A sociedade moderna, composta apenas por comunicação, não admite fronteiras, mas já observamos que sistemas como a economia e a ciência têm demonstrado maior propensão à

²⁸³ Julius Stone, *Non Liqueur and the function of law in the International Community* (1960), in *The British Year Book of International Law* 1959 (1960), Oxford, University Press, 255-256.

²⁸⁴ Ver Alfredo Mordechai Rabello, *Non Liqueur: From Modern Law to Roman Law* (1972; 2004) in *Annual Survey of International & Comparative Law* (2004), Vol. 10, Iss. 1, Article 2, 2; Jan Paulsson, *Denial of Justice in International Law* (2005), New York, Cambridge University Press, 11; Julius Stone, *Non Liqueur and the function of law in the International Community* (1960), in *The British Year Book of International Law* 1959 (1960), Oxford, University Press, 155.

²⁸⁵ O que não impede, a princípio, formas transversais de soluções para problemas jurídicos. Ver Marcelo Neves, *Transconstitucionalismo* (2009), São Paulo, Martins Fontes.

internacionalização que o direito. Por tudo isso, as observações desse trabalho a respeito do sistema jurídico não podem ser transportadas, sem mediações, para o âmbito internacional. O que essas diferenças permitem observar, por contraste, é o que aconteceria quando uma discussão jurídica se aproximasse *perigosamente* do paradoxo: correria o risco de se assemelhar a observações feitas “*from the outside*”²⁸⁶ e, com isso, restringir a sua relevância para as operações jurídicas ao âmbito das “irritações”.

Enquanto Lauterpacht concede, nesse sentido, que a discussão sobre o *non liquet* teria certa medida de irrealidade, Stone pondera que a questão tende a ganhar força com o sucesso dos esforços para estender o âmbito de disputas internacionais sujeitas a decisões compulsórias. Mais que adivinhar o presente do futuro, importa notar que o debate jurídico em outras disciplinas assume caráter diverso. Para entender como isso ocorre nos perguntaremos antes se, nos cenários nacionais, a proibição de denegação de justiça tem merecido alguma previsão expressa – ainda que, nos termos utilizados por Micheli, isso seja feito apenas “de alguma forma”.²⁸⁷

3. A AUTOPROIBIÇÃO CONTINGENTE

Para Norberto Bobbio, debates como o recuperado no item anterior se realizam “*de lege ferenda*”.²⁸⁸ Antes de observarmos como alguns ordenamentos historicamente relevantes encaminham o tema, interessa saber como esses debates são possíveis. Como é possível que se discuta a positivação da vedação do *non liquet*? Certamente a discussão teria pouca importância se concordássemos com Carlos Cossio, para quem “o juiz deve julgar sempre, não porque e quando o Legislador queira, mas porque é juiz, é dizer porque essa é sua ontologia jurídica”. Seria difícil debater a sua conveniência e oportunidade se a necessidade de julgar existisse “por uma razão lógica pura da lógica jurídica”, qual seja, a contradição entre julgar a abster-se de julgar, dada a identidade dos termos “juiz” e

²⁸⁶ Ver Jan Paulsson, *Denial of Justice in International Law* (2005), New York, Cambridge University Press, 4. Os debatedores podem sempre contestar que a posição de ocultar o paradoxo também não está livre de riscos: não se arriscar também é muito arriscado.

²⁸⁷ Gian Antonio Micheli, *L'onere della Prova* (1942), Padova, CEDAM, 252-255.

²⁸⁸ Ver Norberto Bobbio, *Lacune del Diritto* in *Novissimo Digesto Italiano* (3ª Ed. 1957), Torino, Editrice Torinese, 424.

“administrar justiça”. Seria, enfim, um esforço um tanto quanto inútil questionar algo que se apresenta como “uma verdade de razão”.²⁸⁹

Fora do âmbito do direito internacional, de fato não é comum encontrar discussões desse tipo. Mas não são as razões trazidas por Cossio que contam, pelo menos não para o observador deste trabalho. Quem abandone uma fundamentação ontológica poderá observar que o sistema jurídico está diante de uma obrigação cuja existência depende da decisão do legislador ou de uma construção doutrinária, sendo, nesse sentido, contingente.²⁹⁰ Embora a dupla negação que constitui a fórmula da *proibição da denegação* de justiça seja visivelmente lógica, o uso da lógica é insuficiente para garantir a exclusão do *non liquet*. A despeito do que parecem entender alguns autores, o mundo não garante o império da lógica.²⁹¹ O fato de os juízes estarem vinculados a normas positivadas também não basta para fundamentar a obrigação de decidir em todos os casos: os juízes podem encontrar lacunas e antinomias que os desvinculem do direito positivo. Por fim, a proibição da denegação não decorre da mera necessidade de resolver conflitos. Ao decidir alguns deles, o direito não lhes coloca um “ponto final”, antes contribui para a criação de outros tantos conflitos, gerando condições para sua constante reprodução.²⁹² Muitos

²⁸⁹ Ver Carlos Cossio, *La plenitud del orden jurídico y la interpretación judicial de la ley* (1939, 2ª ed. 1947), Buenos Aires, Editorial Losada, 157-188. No Brasil, posição semelhante foi defendida por Osvaldo Alves de Castro Filho, *A obrigatoriedade da decisão no direito: subsídios para elaboração de uma teoria da decisão jurídica* (2007), Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Embora o presente trabalho exponha posição divergente, não se pode negar que, ao menos em suas conclusões, esses autores estejam bem acompanhados. Ver Karl von Savigny, *System des heutigen römischen Rechts* (1849), tradução de Jacinto Mesía e Manuel Poley, *Sistema del derecho romano actual* (1878), Tomo I, Madrid, F. Góngora y Compañía Editores, 146-147 (argumentando que a disposição do Código francês que proíbe a abstenção do juiz com base na obscuridade da lei está fundada na “natureza mesma das funções judiciais”).

²⁹⁰ Nesse sentido, Carlos E. Alchourrón, Eugenio Bulygin, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales* (1975, 3ª reimpresión 1998), Buenos Aires, Astrea, 188-210 (ponderando que não é necessário enfrentar a discussão filosófica em uma discussão sobre lacunas no sistema jurídico e acrescentando que a existência de ordenamentos jurídicos nos quais os juízes podem abster-se de julgar é logicamente possível e historicamente comprovável) e Amedeo G. Conte, *Décision, Completude, Clôture* (1963) in Chaim Perelman, *Le problème des lacunes en droit* (1968), Bruxelles, Établissements Émile Bruylant, 93, 100-101 (sobre o argumento de que a proibição de denegação de justiça não é uma exigência lógica de todas as ordens jurídicas). A questão a respeito da possibilidade lógica do *non liquet* não está, de qualquer modo, resolvida. Ver, além dos autores citados, Ilmar Tammelo, *On the logical openness of Legal Orders. A modal analysis of Law with special reference to the logical status of non liquet in international law* (1959), *American Journal of Comparative Law* 8, 187-203.

²⁹¹ Cf. Niklas Luhmann, *Soziale Systeme: Grundriss einer allgemeinen Theorie* (1987, 4ª ed. 1991), Frankfurt am Main, Suhrkamp, 488-550.

²⁹² Niklas Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft* (1993) Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 565-568 (qualificando-o, também por esse motivo, de “sistema imunológico da sociedade”).

conflitos são decididos sem que se recorra ao sistema, no âmbito da interação e ausente a proibição da denegação de justiça.

Não há nada que por razões de sua “essência” deva permanecer em segredo.²⁹³ Em que pese a contingência, esta seção constatará que ordenamentos jurídicos modernos em sua generalidade optaram por viabilizar, de uma forma ou de outra, a proibição de denegar justiça. Também por isso não seria tarefa fácil encontrar operadores do direito que questionem, atualmente, a vedação do *non liquet*. Mas não é preciso recorrer à ontologia para explicar esse fato: observações sobre a cultura organizacional dão conta de que questões como essas não costumam ser tratadas *no sistema* como contingentes, mas como “evidências sobre-entendidas” aceitas por qualquer um que esteja familiarizado com o sistema.²⁹⁴ No caso do sistema jurídico, essa aceitação está ancorada em uma expectativa normativa sobre a obrigação de decidir todos os casos.

a. A proibição explícita (e sua violação implícita)

No seu “*Título Preliminar*” (“*de las normas jurídicas, su aplicación y eficacia*”), o Código Civil espanhol de 1889 traz uma das formulações mais claras a respeito da inafastabilidade da tutela jurisdicional: “*los Jueces y Tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, ateniéndose al sistema de fuentes establecido*”.²⁹⁵ A Constituição Suíça de 1999 adota o tema explicitamente como uma liberdade pública: “*todos têm direito, em processos perante as instâncias dos tribunais e das administrações, a um tratamento igual e justo, bem como a um julgamento em prazo razoável*”.²⁹⁶ No Brasil, a garantia de decisão em todos os casos constrói-se a partir de normas como a do artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição de 1988 (“A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”) e o artigo 126 do Código de Processo Civil (“O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando

²⁹³ Assim em Niklas Luhmann, *Die Gesellschaft der Gesellschaft II* (1997), Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 1095.

²⁹⁴ Niklas Luhmann, *Organisation und Entscheidung* (2000), Opladen, Wiesbaden, 145.

²⁹⁵ Art. 4.1

²⁹⁶ Art. 29º, 1 – grifou-se.

lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito”).²⁹⁷

Não sendo o propósito desta seção esgotar o universo empírico do direito comparado, nos deteremos em um ordenamento jurídico cuja importância histórica e significado sociológico são singulares. Referimo-nos ao mesmo país que adotara o instituto do *référé législatif* e que produziu, no contexto pós-revolucionário, um Código capaz de estimular uma improvável Escola da Exegese, além de influenciar diversos sistemas jurídicos – afora o já citado CPC brasileiro, mencione-se o Código Civil argentino de 1869, cujos termos não escondem a fonte de inspiração: “*los jueces no pueden dejar de juzgar bajo el pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes.*”²⁹⁸

O artigo 4 do *Code Civil* napoleônico, segundo o qual “o juiz que se recusar a julgar, sob pretexto de silêncio, obscuridade ou insuficiência da lei, estará sujeito a ser processado como culpado de denegação de justiça”, é de 1804.²⁹⁹ Mas a proibição da denegação de justiça tem história bem mais longa na França.³⁰⁰ Já as leis bárbaras, como a lei dos burgúndios, previam multas para o caso de denegação. Os merovíngios, mesmo sem utilizar o termo, responsabilizavam o juiz caso a “justiça” fosse negada. No século XIII, se um juiz senhorial se recusasse a julgar o requerimento apresentado por um vassalo, surgia a possibilidade do recurso “*l’appel pour défaut de droit*”, pelo qual se permitia recorrer ao suserano imediatamente superior. Esse procedimento de “apelar pela falta de direito” seria

²⁹⁷ Alterado pela lei 5.925/1973, que modificou a ordem das fontes reduzindo a prioridade dos “costumes”. Citando os mesmos preceitos legais, Antonio Cintra, Ada Grinover, Cândido Dinamarco, *Teoria Geral do Processo*, (1974, 24ª ed. 2008), São Paulo, Malheiros, 315 (“Como a jurisdição é função estatal e o seu exercício dever de Estado, não pode o juiz eximir-se de atuar no processo, desde que tenha sido adequadamente provocado: no direito moderno não se admite que o juiz lave as mãos e pronuncie o *non liquet* diante de uma causa incômoda ou complexa, porque tal conduta importaria evidente denegação de justiça e violação da garantia constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional”).

²⁹⁸ O dispositivo citado é o artigo 15 do código civil argentino. A Bélgica também adotaria a solução do artigo 4 do *Code Civil*, embora seu Projeto de 1816 previsse, além da impossibilidade de abstenção com base no silêncio da lei (artigo 80), a possibilidade de recurso à analogia (artigo 81) e à equidade (artigo 83). A votação que preservou apenas a proibição da denegação de justiça foi de 81 a 8. Cf. John Gilissen, *Le problème des lacunes du droit dans l’évolution du droit médiéval et moderne* (1967), in Chaim Perelman, *Le problème des lacunes en droit* (1968), Bruxelles, Établissements Émile Bruylant, 241-244. Cite-se ainda, dentre as legislações inspiradas pelo artigo 4, a lei de 1829 dos Países Baixos, que o reproduz em seu art. 13.

²⁹⁹ Os termos facultativos adotados na redação final substituem, após a controvérsia entre Portalis e Cambacérès no Conselho de Estado, o imperativo “será considerado culpado”. Cf. Charles Huberlant, *Les Mécanismes intuitifs pour combler les lacunes de la loi* (1964) in Chaim Perelman, *Le problème des lacunes en droit* (1968), Bruxelles, Établissements Émile Bruylant, 54.

³⁰⁰ Ver Louis Favoreau, *Du Dénier de Justice en Droit Public Français* (1962), Thèse pour le doctorat en droit, Université de Paris, 3-7.

incorporado à ordenação de 1667, dessa vez aplicando-se a todos os juízes, incluindo os reais e os oficiais. Paulatinamente, o termo “*déni de justice*” prevaleceria sobre “*défaut de droit*”. Na *Encyclopédie Méthodique* (século XVIII) a denegação de justiça já poderia ser definida como “a recusa feita por um juiz em oferecer justiça a quem a demanda”.

Os termos finalmente utilizados pelo Código Civil (que seriam reforçados por normas de direito penal e processual) podem ser associados, porém, a uma concepção estrita da denegação de justiça. A qualificação aparece em contraposição a noções mais amplas, como a veiculada pelo tribunal suíço em 1880, que derivava (antes do seu estabelecimento explícito na Constituição) a proibição da denegação de justiça do princípio da igualdade perante a lei.³⁰¹ Na concepção estrita o objetivo é evitar, acima de tudo, que, de um lado, os particulares recorressem à violência e, de outro, os juízes reenviassem muito frequentemente o caso ao legislador. Há uma referência direta à proibição da “recusa” de julgamento que, na verdade, independe de qualquer “voluntariedade” do juiz. Como observa Louis Favoreau, o requisito subjetivo só faria sentido quando houvesse responsabilidade pessoal do juiz em caso de denegação de justiça (já vimos que esse poderia ser o caso no direito romano). O que interessa, no direito moderno, é menos a culpa de um juiz específico do que garantir a continuidade das operações do sistema, pela aplicação do código lícito/ilícito a todos os casos, sem que o “décimo segundo camelo” da violência ou da política precise ser materializado.

A questão sistêmica reaparece entre as “condições de existência” da proibição de denegar de justiça no direito público francês.³⁰² Essas condições seriam distinguíveis em condições “de fundo” – a existência de um interesse a proteger (uma noção mais larga que a de interesse de agir) e a existência de uma possibilidade de controle (diferenciando “injustiça” da “denegação de justiça”) – e condições “de forma”. Nesta última, destaca-se a “falha” (*défaillance*) do sistema jurisdicional, ou seja, aquela que coloca um obstáculo, em uma situação individual, a que o indivíduo interessado possa receber proteção integral por parte de um juiz. Mesmo sendo mais ampla que a do direito privado, a noção pública não

³⁰¹ Previsto no artigo 4(1) da Constituição de 1874. Ver Jan Paulsson, *Denial of Justice in International Law* (2005), New York, Cambridge University Press, 11. Sem embargo, a interpretação era alvo de muitas críticas. Assim em Louis Favoreau, *Du Déni de Justice en Droit Public Français* (1962), Thèse pour le doctorat en droit, Université de Paris, 12-21. Outro exemplo de noção ampla, como já vimos, é a do direito internacional público, especialmente a anglo-saxônica, contra a qual reagiriam os latinos americanos, mais próximos do direito privado francês.

³⁰² Louis Favoreau, *Du Déni de Justice en Droit Public Français* [1962], Thèse pour le doctorat en droit, Université de Paris, 521-529.

abarca o “mal julgado”: sua preocupação é com a própria existência da decisão em todos os casos, não com a correção de uma decisão específica. São exemplos de *défaillance* as lacunas da organização jurisdicional, especialmente a ausência de juiz competente, a má administração de recursos que se traduza em sua paralisia ou ineficácia, ou mesmo a ausência de recursos suficientes para possibilitar decisões jurídicas. Vale notar que falhas que possam ser compensadas de alguma forma não constituem denegações de justiça genuínas.

Diante dessas observações, o jurista francês conclui que, no seu campo de pesquisa, a denegação de justiça não se apresenta modernamente como uma “falha do juiz em sua missão” – inclusive por conta do assunto do tópico seguinte: a existência de lacunas a ele não imputáveis – mas como a falha *do Estado* no seu dever de proteção jurisdicional do indivíduo. Poderíamos redescrever, olhando para o direito: a falha do *sistema jurídico* na aplicação do código lícito/ilícito a todos os casos. Nesse sentido, a noção de um “direito ao juiz” é apontada como consequência do triunfo das ideias de 1789, pertencendo, segundo Portalis, não a um Código específico, mas ao “direito como um todo”.³⁰³ O simples “não ver claro” de alguns operadores é deixado de lado diante da proibição sistêmica. Se na teoria medieval do direito, assim como na retórica romana, o valor de rejeição aparecia como um valor superior ao do código jurídico, com a introdução da proibição da denegação de justiça a questão é respondida: no direito moderno, a binaridade é uma condição para a possibilidade de tomada de decisões. Ao permitir a tomada de decisões, é também uma condição para a própria existência de tribunais: uma tentativa de ampliar o número de valores envolvidos tornaria a decisão tão complicada que o sistema dificilmente conseguiria lidar, em meio a todas as pressões que podem envolver a decisão jurídica, com a complexidade.

O estudo da declaração explícita da denegação de justiça permite perceber que há um certo caráter autodestrutivo nessa noção. Ao identificar-se, a denegação de justiça tende a desaparecer.³⁰⁴ De dentro do sistema, só se aproxima do paradoxo para negá-lo, desdobrá-lo, substituí-lo por uma identidade. Quem quer julgue necessário, por razões de dificuldades práticas decorrentes da pretensão exorbitante de decidir todos os casos – ou

³⁰³ Portalis, Discours prononcé le 23 Frimaire, An X [14 décembre 1809], 552.

³⁰⁴ Sempre a informativa tese de Louis Favoreau, *Du Déni de Justice en Droit Public Français* (1962), Thèse pour le doctorat en droit, Université de Paris, 559-560 (aprovada por juristas do quilate de Marcel Waline, Charles Eisenmann e Georges Vedel).

deseje, por algum motivo *diabólico*³⁰⁵ – lidar *perigosamente* com o paradoxo *de dentro* do sistema, *como se* estivesse fora, terá de fazê-lo de modo menos explícito.³⁰⁶ É dessa forma que se pode tentar, por exemplo, evitar uma decisão. A experiência jurídica acumula alguns exemplos interessantes, com diferentes graus de sutileza.

Um dos primeiros relatos de expediente nesse sentido remonta à Grécia antiga. Conta-se que, em um caso levado ao Procônsul da Ásia, Cornelius Dolabela, uma mulher havia envenenado seu segundo marido, assim como o filho decorrente desse segundo matrimônio. Diante do Procônsul, a acusada conseguiu provar que cometera o assassinato porque seu marido e filho, de forma premeditada, haviam causado a morte de outro filho, fruto do seu primeiro matrimônio. Essa situação provoca a dúvida de Dolabela, que resolve levar a questão ao Aerópago em Atenas. Nesse caso, os Aeropagitas não chegaram a pronunciar o *non liquet* (que talvez não fosse uma opção na Grécia), mas citaram o acusador e a assassina para comparecerem novamente ao tribunal dentro de cem anos.³⁰⁷

Afastadas por séculos, não é possível dizer que estejam muito distantes, nos seus efeitos, práticas como a associação das regras de prescrição com “chicanas” advocatícias, decisões que se ancoram em algum erro procedimental sem efeito (“*déporvue de gravité*”) para não entrar no mérito da controvérsia, abstenções fundamentadas nas *political questions* do direito constitucional americano, entre outras tantas.³⁰⁸ Os atrasos não

³⁰⁵ A metáfora não é gratuita: uma das interpretações a respeito da queda de Lúcifer remete ao fato de este ter tentado observar o Observador.

³⁰⁶ Uma exceção que confirma a regra é o artigo 9 do Anteproyecto del Código Civil boliviano redigido por don Angel Ossorio: “Si algún juez encontrase en conflicto su propia conciencia con textos irrefutables de la ley, podrá abstenerse de sentenciar y elevará los autos a la corte de su distrito, la cual, oyendo a las partes y recabando de oficio las pruebas, investigaciones y asesoramientos que juzgue indispensables, dictará su fallo sin estar obligado a someterse al precepto legal”. Cf. S. S. M Aulus Gellius, *Noctes Atticae* (s.d) tradução de Francisco Navarro Y Calvo, *Noches Áticas* (1959), Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América XVII-XVIII.

³⁰⁷ Cf. Aulus Gellius, *Noctes Atticae* (s.d) traduzido por Francisco Navarro Y Calvo, *Noches Áticas* (1959), Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 150-151 (concluindo que “dessa maneira se absteram a declarar legítimo o que as leis proibiam, e também de castigar a uma culpada digna de perdão”).

³⁰⁸ Para exemplos a partir do direito internacional, Jan Paulsson, *Denial of Justice in International Law* (2005), New York, Cambridge University Press, 131-206. Para exemplos de formas indiretas de evitar e conter o número de decisões, ver já em 1967 Laurence. M. Friedman, *Legal Rules and the Process of Social Change in Stanford Law Review* (1967), vol. 19, n. 4, 807-810 (apontando que, além do preço do litígio, regras processuais são largamente utilizadas para esse fim). Sobre o modo como a Suprema Corte norte-americana evita tomar decisões em casos críticos, ver o clássico de Alexander M. Bickel, *The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics* (1962, 1986) New York, Vail-Ballou, 111-198 (sobre as “virtudes passivas” do tribunal) Confira-se também os estudos, recuperados no último capítulo, a respeito da recusa na Suprema Corte norte-americana. M. Margaret McKeown, *To judge or not to judge:*

razoáveis talvez sejam o exemplo mais frequente e importante nos dias atuais: e não seria inapropriado mencionar o papel dos prazos “impróprios” como uma válvula de escape do sistema. No Brasil, o tempo despendido para julgamento tem sido objeto de intensa discussão e medidas institucionais.³⁰⁹ Não por menos, já que podem ser mais graves que a própria recusa, na medida em que mantém as partes na importante – embora necessariamente transitória – situação de indefinição. Sua expressão mais trágica talvez esteja no número de pessoas encarceradas no país aguardando uma decisão.³¹⁰ Também em terras brasileiras citem-se, entre as violações “implícitas”, os pedidos de vista nem sempre criteriosos,³¹¹ bem como casos mais pitorescos e cotidianos como o descrito por José Rogério Cruz e Tucci, no qual o recurso deixou de ser decidido pelo fato de o protocolo ter sido feito no modo integrado e não diretamente no tribunal.³¹²

Expedientes como esses mostram que a localização dos tribunais no centro do sistema jurídico precisa ser tomada com cautela. Se os tribunais estão vinculados juridicamente à vedação do *non liquet*, os contratos e as leis muitas vezes são também *necessários*, ainda que por outras razões (econômicas ou políticas, por exemplo). Se o direito permanece soberano para encarar essas “outras razões” como juridicamente relevantes ou não (vide o exemplo da obrigação de contratar pelos detentores de “*essential facilities*”), acabamos de ver mecanismos que forçam os limites da licitude para evitar, também nos tribunais, uma decisão. A diferença centro/periferia não deve ser entendida de modo a descaracterizar o ponto de partida da teoria, a diferença sistema/ambiente. Todas as comunicações que operam com base no código lícito/ilícito são indistintamente comunicações jurídicas. A sociedade não possui centro ou vértice: não é um jogo de

transparency and recusal in the Federal System (2011) e Robert J. Hume, *Deciding not to decide: the politics of recusals on the U. S. Supreme Court* (2014), *Law & Society Review*, Volume 48, Number 3.

³⁰⁹ Vide, por exemplo, as Metas Nacionais do Conselho Nacional de Justiça (disponível em <http://www.cnj.jus.br/gestao-e-planejamento/metas>)

³¹⁰ Ver aqui o “Novo diagnóstico de pessoas presas no Brasil”, disponível em http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/diagnostico_de_pessoas_presas_correcao.pdf (incluindo no cálculo as pessoas em prisão domiciliar).

³¹¹ Ver Saylon Alves Pereira, *Os pedidos de vista no Supremo Tribunal Federal: uma análise quantitativa nos casos de controle concentrado de constitucionalidade* (2010) Monografia apresentada à Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDP.

³¹² José Rogério Cruz e Tucci, *Denegação de Justiça* (1998), Tribuna do Direito, São Paulo.

futebol com defesa, meio-campo e ataque.³¹³ Não há um ponto de vista privilegiado nem lugar determinado para as comunicações.

Na sociedade complexa, não são poucos os casos em que os juízes, apesar de todos os filtros, se veem diante de fatos desconhecidos, linguagem incompreensível, terrenos jurídicos pouco explorados.³¹⁴ Muitas decisões juridicamente arriscadas representam verdadeiros perigos para outros sistemas.³¹⁵ Ainda que a noção da proibição da denegação de justiça não tenha nascido com a modernidade, confiar na ontologia da identidade juiz = administrar justiça, a qual se presta, no máximo, a autodescrever o direito conferindo-lhe um sentido, não parece suficiente para garantir decisões em todos esses casos. O observador externo é capaz de perceber a contingência das construções que obrigam o sistema jurídico a assumir o encargo de decidir sempre. Embora sejam observáveis os ganhos da proibição da denegação de justiça em termos de função e prestações sistêmicas, as pressões contrárias à existência da decisão são tão importantes que a proibição, mesmo quando explicitada, enfrenta expedientes tácitos de uma “não decisão” que não pode dizer seu nome.

b. O preenchimento de lacunas pelo juiz

Por vezes a proibição da denegação de justiça não é construída diretamente a partir de um comando explícito dirigido ao juiz, mas com suporte em instrumentos que visam permitir a tomada de decisão em todos os casos. De uma perspectiva dogmática, a obrigação de julgar pode ser claramente distinguida da autorização para fazê-lo.³¹⁶ O que se observa aqui, no entanto, não é a distinção entre normas de competência e normas de conduta (já vimos como esse assunto é tratado por Hart), mas a íntima relação entre a previsão legislativa de métodos de preenchimento de lacunas e o desdobramento do paradoxo constitutivo do direito. À sombra do debate teórico a respeito da completude do

³¹³ De Giorgi narra a experiência de assistir com Luhmann a um jogo de futebol no qual havia várias bolas e nenhuma posição definida. “É assim que funciona a sociedade”, teria dito o sociólogo alemão, para o espanto de uma sociologia que, tentando separar defesa, meio-campo e ataque, está fadada a perder por 7 a 1.

³¹⁴ Citar José Gladston Viana Correia, *Sociologia dos direitos sociais: escassez, justiça e legitimidade* (2014), São Paulo, Saraiva, 123-132.

³¹⁵ Para a distinção entre risco e perigo, ver Niklas Luhmann, *Risiko und Gefahr*, in *Soziologische Aufklärung 5: Konstruktivistische Perspektiven* (1990, 3ª ed. 1993), Wiesbaden, VS, 126-162.

³¹⁶ Carlos E. Alchourrón, Eugenio Bulygin, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales* (1975, 3ª reimpresión 1998), Buenos Aires, Astrea, 209.

ordenamento jurídico (que tampouco se confunde com a proibição da denegação de justiça)³¹⁷ veremos como o direito, afastando-se do paradoxo de decidir sobre a decisão, busca construir decisões em todos os casos mesmo quando a política deixa de produzir uma proibição explícita. Nesta subseção, trataremos das lacunas como situações em que o sistema jurídico não possui nenhuma solução normativa em relação a certo caso, evitando abordar outros problemas análogos.³¹⁸

O artigo 7 do *Proyecto de Código Civil* de Dalmacio Vélez Sársfield nos parece o melhor ponto de partida para a observação aqui pretendida. Em redação muito próxima à que seria consagrada no Código de Processo Civil brasileiro, o projeto argentino, sabidamente inspirado no Esboço de Teixeira de Freitas, estabelecia que “*Los jueces no se abstendrán de juzgar por silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes. Cuando una cuestión civil no pudiere resolverse dentro de los preceptos legales, se atenderá a lo dispuesto por otros análogos, y en último término, a los principios generales del derecho, con arreglo a las circunstancias del caso*”. Como sugerimos pela menção ao CPC pátrio na seção anterior, a primeira parte do artigo (“*Los jueces*”... “*las leyes*”) encerra uma referência explícita à proibição da denegação de justiça. Pois justamente esse trecho seria criticado por Cossio, cuja proposta alternativa deixa de contemplar a obrigação de decidir (um pressuposto necessário, segundo o autor).³¹⁹ Para efeito comparativo, eliminar a proibição explícita equivaleria a manter, no Brasil, apenas a norma prevista no artigo 4º da

³¹⁷ Basta ver que um autor como Hans Kelsen, paradigma da posição segundo a qual o direito não pode ter lacunas, admite a possibilidade de que um ordenamento jurídico não preveja a proibição da denegação de justiça. Em Karl Engisch, a questão é contornada com o refúgio a uma espécie de “deficiência nominal”, na qual o conceito de “integração jurídica” pressupõe logicamente um conceito de lacuna, definido como “as deficiências do Direito positivo (do Direito legislado ou do Direito consuetudinário), apreensíveis como faltas ou falhas de conteúdo de regulamentação jurídica para determinadas situações de facto em que é de esperar essa regulamentação e em que tais falhas *postulam e admiten a sua remoção através duma decisão judicial jurídico-integradora*”. Cf. Karl Engisch, *Einführung in das juristische Denken* (1983), tradução de J. Baptista Machado, *Introdução ao pensamento jurídico* (8ª ed. 2001), Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 279.

³¹⁸ Ignoramos também deliberadamente a distinção, sustentada por diversos autores, entre lacuna normativa e lacuna axiológica ou valorativa.

³¹⁹ A sugestão continha a seguinte redação: “En los casos de oscuridad o insuficiencia de las leyes o de ausencia de precepto legal expreso, los jueces explicitarán científicamente la norma jurídica aplicable extrayéndola de las instituciones análogas y, en su defecto, de la idea de justicia en cuanto pueda constituir los juicios estimativos de la conciencia nacional, de tal manera que la sentencia se reconozca como parte lógica de una consideración sistemática de nuestro derecho vigente”. Ver Carlos Cossio, *La plenitud del orden jurídico y la interpretación judicial de la ley* (1939), Buenos Aires, Editorial Losada, 40. O atual código civil argentino desmembra os comandos e prevê, no artigo 15, que “los jueces no pueden dejar de juzgar bajo el pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes.”, colocando-se entre os ordenamentos jurídicos que estabelecem uma proibição explícita.

Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro³²⁰ - “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito” – sem a sua correspondência no código processual.

O texto do projeto de lei argentino corresponde ao artigo 3 das disposições preliminares ao código civil italiano (“*preleggi*”) de 1865. Naquelas disposições se determinava que, em caso duvidoso, não previsto expressamente na lei, o juiz deveria decidir segundo os “princípios gerais do direito”. A origem remota da norma é o artigo 7 do código civil austríaco de 1811³²¹ (“...sendo o caso ainda duvidoso, deverá se decidir segundo os princípios do direito natural”). O atual código civil italiano, de 1942, se insere entre os que preferem não estabelecer uma obrigação explícita,³²² limitando-se a determinar, no artigo 12, que “*se una controversia non può essere decisa con una precisa disposizione, si ha riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe; se il caso rimane ancora dubbio, si decide secondo i principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato*”. Na sucessão histórica, os “princípios gerais do ordenamento jurídico” assumem, em contexto teórico particular, o lugar dos equivalentes funcionais “princípios do direito natural” e “princípios gerais do direito”.

Indo além dos princípios, a lista de equivalentes funcionais se tornaria ainda mais ampla. Nos séculos X a XII, os costumes do grupo social eram complementados pelo recurso às ordálias e ao julgamento de Deus. Nos séculos XIII a XV surgem diversos critérios para o preenchimento das lacunas decorrentes das cartas de privilégios, entre os quais o recurso à consciência, analogia, elaboração de nova lei, recurso ao “Oberhof” alemão ou a enquete para a multidão (*enquête par turbe*). Já nos séculos XVI e XVII, com a recepção do direito romano, criou-se a impressão de que a combinação de leis e direito comum resultaria em um sistema jurídico sem lacunas.³²³ A ideia da completude das leis,

³²⁰ Antiga Lei de Introdução do Código Civil Brasileiro (Decreto Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942). A mudança de nomenclatura, promovida pela lei nº 12.376/2010, vai ao encontro, mais de dois séculos depois, da ideia de Portalis de que esse tipo de norma transcende a um código específico.

³²¹ Assim em Norberto Bobbio, *Completezza dell'ordinamento giuridico e interpretazione* (1939), tradução de Pablo Eiroa, *La plenitud del orden jurídico y la interpretación* (2004), Isonomia nº 21, 255 (nota do tradutor).

³²² Cf. Javier Paricio, *Iurare sibi non liquere* (1985) in Atti del III Seminario Romanistico Gardesano (1988), Milano, Giuffrè, 414, nota 5.

³²³ Como em todas as épocas, a realidade era outra. Cf. John Gilissen, *Le problème des lacunes du droit dans l'évolution du droit médiéval et moderne* (1967), in Chaim Perelman, *Le problème des lacunes en droit* (1968), Bruxelles, Établissements Émile Bruylant, 203-207 (apontando que juristas como Domar e De

vinculada à teoria do estado liberal e à doutrina da separação de poderes,³²⁴ encontraria sua tentativa prática no movimento de codificação. O ideal a ele subjacente – defender a certeza contra a anarquia e contra a pluralidade de fontes – esbarra, porém, em críticas que acusam ora o caráter inalcançável da completude legislativa, ora seu *déficit* normativo (a certeza não seria o único valor a ser preservado pelo direito). Entramos no período de preponderância da lei (fim do século XVIII até o século XIX), no qual a solução para as lacunas se apresenta como o recurso ao próprio poder legislativo (*référé législatif*), até que essa fórmula também revelasse seu esgotamento.³²⁵

O marco desse último período é, sem dúvida, o já mencionado código napoleônico. O que interessa no presente tópico é observar que a redação final do conhecido art. 4º (a qual estabelece proibição explícita de denegação de justiça) acabou prevalecendo sobre a proposta dos trabalhos preparatórios, que continham a previsão da “equidade/direito universal” e dos “usos e costumes” como complementos à lei.³²⁶ Portalis sugerira também uma ordem hierárquica que colocava o recurso aos usos e costumes em posição superior ao

Ghewiet já sugeriam o recurso à analogia e à equidade, para não falar no Digesto [século II] que previa a analogia *ad similia* - D., I, 3, 12). Um aspecto importante desse período é que o direito se torna cada vez mais direito escrito – o que aumenta as possibilidades de sua negação. Ver Niklas Luhmann, *Die Gesellschaft der Gesellschaft I* (1997), Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 290. Algumas consequências da predominância oral do direito romano na era republicana podem ser conferidas em Mario Bretone, *História do Direito Romano* (1990), Lisboa, Editorial Estampa, 151-153.

³²⁴ Assim em Norberto Bobbio, *Lacune del Diritto* in *Novissimo Digesto Italiano* (3ª ed. 1957), Torino, Editrice Torinese, 420 (criticando os que afirmam a inexistência de lacunas com base na diferença direito x lei. Para o autor, “direito” é termo vago, que sempre precisa ser especificado). Ver também Donato Donati, *Il problema delle lacune dell’ordinamento giuridico* (1910) Milano, Società Editrice Libreria, 26 (vinculando o ideal da certeza, além da separação de poderes, ao princípio da representação e ao da responsabilidade) e Carlos E. Alchourrón, Eugenio Bulygin, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales* (1975, 3ª reimpresión 1998), Buenos Aires, Astrea, 236-238 (identificando o princípio da legalidade, este sim identificado a uma fundamentação ideológica, como um complemento aos princípios da inexcusabilidade e da justificação, cujos fundamentos seriam, respectivamente, a eficácia para a manutenção da ordem/convivência social e a exigência de racionalidade nas decisões dos juízes).

³²⁵ Uma solução híbrida pode ser encontrada no Código Prussiano de 1794, pelo qual o juiz deveria, em caso de lacuna, inspirar-se em princípios gerais do código e na analogia, mas também imediatamente fazer com que o Ministro da Justiça tomasse conhecimento de modo a preencher a lacuna por via legislativa. Antes mesmo do Código Civil Francês de 1804, o *Preussisches Allgemeines Landrecht* pretendia regular todas as relações jurídicas. Ver Karl von Savigny, *System des heutigen römischen Rechts* (1849), tradução de Jacinto Mesía e Manuel Poley, *Sistema del derecho romano actual* (1878), Tomo I, Madrid, F. Góngora y Compañía Editores, 220; João Maurício Adeodato, *Adeus à separação de poderes?* in Marcelo Novelino (org.) *Direito Constitucional: teoria da Constituição* (2009), Salvador, Editora JusPodivm, 285 (notando que seus cerca de 19.000 artigos culminavam, “com toda a auto-estima de um racionalismo iluminista”, em uma proibição geral da interpretação judicial”).

³²⁶ “Le droit intérieur ou particulier de chaque peuple se compose en partie du droit universel, en partie des lois qui lui sont propres, et en partie de ses coutumes ou usages, qui sont le complément des lois”. A proibição da denegação de justiça constante da redação final do artigo 4º aparecia, no projeto, apenas como o artigo 7, ou seja, após a previsão dos mecanismos de preenchimento de lacunas. Primeiro se indicava um caminho ao julgador, para depois obrigá-lo a decidir todos os casos.

recurso à equidade. Houvesse vingado a sugestão de Portalis e de outros redatores, a *doutrina* seria o refúgio do juiz nos casos “raros e extraordinários”. Nem essa sugestão, porém, nem a redação mais simples dos trabalhos preparatórios, sobreviveram à supressão da maior parte do “Título Preliminar”, levada a cabo pelo Conselho de Estado. Esse recorte deixaria como legado a mais importante e *paradoxal* lacuna do ordenamento jurídico: não havia regra legal determinando de que maneira dever-se-ia preencher as lacunas do direito (ou da lei, conforme a orientação teórica).³²⁷

Com a redação prevalecente, o direito busca garantir a não aplicação do código lícito/ilícito sobre si mesmo, proibindo a denegação de justiça, mas não desdobra o paradoxo em distinções que permitam a decisão nos casos em que, por falta de regras, a unidade da diferença dos valores retorna ao sistema jurídico. Essa é uma das razões pelas quais, no plano teórico, as ambições do movimento de codificação são suscetíveis a críticas como as da escola do direito livre de Kantorowicz, da *École scientifique du droit* de Gény, da jurisprudência dos interesses de Heck e do realismo norte-americano que parte de Holmes. Uma das reações do positivismo a essas críticas foi entender que a toda norma particular que regula um comportamento acompanha uma norma geral, implícita, que exclui da regulamentação todos os outros comportamentos possíveis.³²⁸ Nessa concepção, os juízes são obrigados, como Iblis no mito islâmico, a dois comandos que podem se contrapor: decidir todos os casos (“*obbligò di non diniegare giustizia*”) e resolvê-los aplicando uma norma legal (“*fedeltà del giudice alla legge*”).³²⁹ Em caso de lacunas, um dos dois deveres deveria perder força. Mas qual deles? A resposta de Donati apela ao direito

³²⁷ Cf. Charles Huberlant, *Les Mécanismes institués pour combler les lacunes de la loi* (1964) in Chaim Perelman, *Le problème des lacunes en droit* (1968), Bruxelles, Établissements Émile Bruylant, 54-55 (“Et voilà qui est quelque peu paradoxal: l’article qui traite de l’insuffisance de la loi est lui-même incomplet...”) No mesmo sentido, John Gilissen, *Le problème des lacunes du droit dans l’évolution du droit médiéval et moderne* (1967), in Chaim Perelman, *Le problème des lacunes en droit* (1968), Bruxelles, Établissements Émile Bruylant, 203-207 (defendendo que a supressão liderada por Cambacérès estaria na origem de dificuldades interpretativas duradouras).

³²⁸ Donato Donati é um dos defensores dessa posição. Ver Donato Donati, *Il problema delle lacune dell’ordinamento giuridico* (1910) Milano, Società Editrice Libreria, 2-13. A essa mesma tese seria também possível associar Ernst Zitelmann, com a diferença de que, para o autor alemão, a norma geral seria uma norma negativa, enquanto para Donati é norma positiva que obriga os tribunais. Cf. Carlos Cossio, *La plenitud del orden jurídico y la interpretación judicial de la ley* (1939, 2ª ed. 1947), Buenos Aires, Editorial Losada, 29-37 (qualificando a posição de ambos como “empirismo científico”).

³²⁹ Acompanhando Donati, Carlos E. Alchourrón, Eugenio Bulygin, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales* (1975, 3ª reimpresión 1998), Buenos Aires, Astrea, 218 (defendendo que as exigências da “proibição de abstenção de julgar”, “obrigação de julgar conforme o direito” e “proibição de modificar o direito” são incompatíveis entre si e só podem coincidir se o sistema é completo, vale dizer, não apresenta lacunas).

positivo: dados os termos categóricos com que a proibição de denegação de justiça costuma ser prevista, a segunda obrigação deve ser flexibilizada. A solução da norma geral excludente seria suficiente para que o juiz pudesse escapar à punição prevista no artigo 4 do Código francês. Os próprios trabalhos preparatórios do *Code* napoleônico, no entanto, já haviam apontado para um caminho distinto.

No plano legislativo, esse caminho diverso seria contemplado pelo artigo 1º do Código Civil Suíço de 1907. O artigo estabelece que “*nos casos não previstos em lei o juiz decide segundo o costume e, na falta deste, segundo a regra que ele adotaria como legislador – ele se inspira nas soluções consagradas pela doutrina e a jurisprudência*”.³³⁰ Com a atividade criativa dos tribunais, o problema da “ciência” jurídica deixa de ser apenas o de interpretar as leis e passa a ser também, como sugere Jhering em sua primeira fase, o de guiar os julgadores nos casos em que não há lei a interpretar ou aplicar. Indo além da passagem aristotélica,³³¹ o código estabelece, à falta de disposição legal ou de um costume, não somente que o juiz decida conforme ao que o legislador teria feito, mas *como se fosse ele o legislador*. Mais uma vez, a possibilidade de operar *como se* observasse de fora se oferece ao direito. E outra vez mais, o sistema jurídico prefere se afastar dessa condição *diabólica*, como dá conta a experiência prática dos tribunais suíços nos anos seguintes, inspirada antes na experiência francesa e belga que em uma atividade emuladora do legislativo por parte de seus julgadores.³³²

Nesse novo contexto, os métodos tradicionais, que buscavam aferir a vontade do legislador, deixam de ser suficientes. Na antessala do século XX, com o surgimento de

³³⁰ O texto completo em alemão é “*Das Gesetz findet auf alle Rechtsfragen Anwendung, für die es nach Wortlaut oder Auslegung eine Bestimmung enthält. – Kann dem Gesetze keine Vorschrift entnommen werden, so soll der Richter nach Gewohnheitsrecht und, wo auch ein solches fehlt, nach der Regel entscheiden, die er als Gesetzgeber aufstellen würde. – Er folgt dabei bewährter Lehre und Überlieferung*”. Nas palavras explicativas do seu projeto preliminar, aponta-se para a mudança da dimensão de completude, que deixa de ser própria da lei e passa a se referir ao sistema jurídico. Ver Eugen Hüber, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Erläuterungen zum Vorentwurf des Eidgenössischen Justiz – Und Polizeidepartements (1901; 1914) Bern, Böhler.

³³¹ “Quando a lei enuncia um princípio universal, e se verifica resultarem casos que vão contra essa universalidade, nessa altura está certo que se retifique o defeito, isto é, que se retifique o que o legislador deixou escapar e a respeito do que, por se pronunciar de um modo absoluto, terá errado. É isso o que o próprio legislador determinaria, se presenciasse o caso ou viesse a tomar conhecimento da situação, retificando, assim, a lei, a partir das situações concretas que de cada vez se constituem”. Aristóteles, *Hoika Nikoaxeia*, tradução de António de Castro Caeiro, *Ética a Nicômaco* (2009), São Paulo, Editora Atlas S.A., 125.

³³² Assim em Charles Huberlant, *Les Mécanismes intuitifs pour combler les lacunes de la loi* (1964) in Chaim Perelman, *Le problème des lacunes en droit* (1968), Bruxelles, Établissements Émile Bruylant, 61.

diversos métodos de integração (autorreferenciais e heterorreferenciais)³³³, as portas se encontram abertas para o debate a respeito do preenchimento das lacunas e da “completude” do direito. A pergunta fundamentalmente colocada nessa discussão é: afinal, há lacunas no direito? A posição sustentada por Cossio, já vimos, é a de que não há lacunas no direito porque há juízes.³³⁴ Sua crítica ao que chama de “realismo ingênuo” reside, entre outros pontos, no fato de que haveria um princípio fundamental e necessário segundo o qual tudo o que não está proibido está juridicamente permitido. Distinguindo os casos de lacuna dos casos de penumbra,³³⁵ bem como a noção de completude da ideia de fechamento,³³⁶ Alchourrón e Bulygin defendem que o preenchimento das lacunas pelo juiz não permite inferir que elas não existam. Se o sistema se cala sobre a licitude ou ilicitude de determinada conduta (e se não apresenta uma “regra de fechamento” no sentido forte)³³⁷ o juiz não teria qualquer obrigação específica de condenar ou rechaçar a demanda.

³³³ Na linguagem jurídica, heterointegração (como o recurso ao direito natural e à equidade) ou autointegração (como o recurso à analogia e aos princípios gerais do direito).

³³⁴ Cf. Carlos Cossio, *La plenitud del orden jurídico y la interpretación judicial de la ley* (1939, 2ª ed. 1947), Buenos Aires, Editorial Losada, 19-69, especialmente 58-59.

³³⁵ A diferença corresponde à conhecida distinção entre métodos de integração e de interpretação. Como observa Perelman, contudo, certas legislações não distinguem bem esses casos. Chaim Perelman, *Le Problème des Lacunes en Droit: Essai de Synthèse* (1967) in Chaim Perelman, *Le problème des lacunes en droit* (1968), Bruxelles, Établissements Émile Bruylant, 544. Ver também Carlos Santiago Nino, *Introducción al análisis del derecho* (1980), tradução de Elza Maria Gasparotto, *Introdução à análise do direito* (2010, 2ª tiragem 2013), São Paulo, Martins Fontes, 322 (observando que tanto os problemas de interpretação quanto as “falhas lógicas” têm em comum o fato de impedir que se possa justificar a solução de um caso concreto com base exclusivamente num sistema jurídico).

³³⁶ A regra de fechamento pode ser lida como uma permissão em sentido fraco, segundo a qual não existe no sistema uma norma que proíbe certa conduta, ou em um sentido forte, segundo a qual existe uma norma que permite a ação de que se trata. Apenas nesse segundo sentido seria capaz de superar a existência de lacunas. Nesse caso, porém, “sua verdade é contingente; não pode ser declarada *a priori* sobre todo sistema jurídico, pois depende de que, de fato, no sistema de que se trata, exista uma norma autorizando toda conduta não proibida”. Cf. Carlos Santiago Nino, *Introducción al análisis del derecho* (1980), tradução de Elza Maria Gasparotto, *Introdução à análise do direito* (2010, 2ª tiragem 2013), São Paulo, Martins Fontes, 335.

³³⁷ Apesar de não indicarem uma solução para cada um dos casos, essas regras permitem construir a solução para qualquer caso. Regras de fechamento como a do *nullum crimen sine legem* possuem, entretanto, aplicação limitada, vinculada ao direito penal liberal. Uma regra que simplesmente sustentasse o princípio geral da liberdade revelaria sua artificialidade, por exemplo, diante do direito administrativo, onde a existência de uma lacuna não significa liberdade de agir, mas marca um limite de ação do poder administrativo. Cf. H. Buch, *Les lacunes en droit administratif* in Chaim Perelman, *Le problème des lacunes en droit* (1968), Bruxelles, Établissements Émile Bruylant, 455. Sobre seu valor doutrinário controverso e aplicação prática limitada ver, em raro momento de convergência, Hersch Lauterpacht, *Some observations on the prohibition of ‘Non Liqueur’ and the completeness of the law* (1958) in *International Law: Collected Papers* (1975), vol. 2, parte 1, Cambridge, University Press, 224 e Julius Stone *Non Liqueur and the function of law in the International Community* (1960), in *The British Year Book of International Law* 1959 (1960), Oxford, University Press, 129 (defendendo que esse tipo de regra frequentemente “degenera” em distribuição do ônus da prova, tema da próxima sessão). Há “máximas” jurídicas que se aproximam do ideal de

A questão está ligada a uma paradoxal necessidade de se aumentar a incerteza do direito para alcançar uma certeza normatizada mediante a proibição da denegação de justiça. No sistema jurídico, todas as negações assumem a forma de decisões que não podem ser negadas, ou seja, tudo se apresenta como juridicamente decidível. Veremos no próximo capítulo que a dogmática jurídica exerce aqui um importante papel. O que importa por enquanto é assinalar que o sistema jurídico se compreende não apenas como relevante de modo *universal* (seu código se aplica universalmente), mas também em conformidade com regras determinadas em um horizonte decisional interminável.³³⁸ Até mesmo uma decisão a respeito da “falta de interesse” para uma tutela jurídica procura se apresentar como uma decisão. Nesse horizonte infinito de decisões, o sistema incorpora novos conteúdos mediante a releitura do seu ambiente, retirando da positividade o atributo de não ser completo ou incompleto, mas, como percebe o observador de segunda ordem, permanentemente *completável*.³³⁹

A posição de Alchourrón e Bulygin aponta para a contingência da proibição da denegação de justiça. No mesmo passo, contudo, parece sugerir que a existência de uma regra de fechamento poderia bastar para que a obrigação de decidir retorne. A teoria dos sistemas, que observa o direito como completo *e* incompleto, também o vê como fechado *e* aberto ao mesmo tempo.³⁴⁰ Não é seu papel conferir um sentido às operações jurídicas ou apoiar-se (ingênua ou sagazmente) na ficção de um legislador racional,³⁴¹ nem tampouco fazer a “denúncia” dessas construções como ilusões vis. Ela permite observar que a previsão legal dos métodos de integração ancora a expectativa sobre a proibição da

“fechamento”, como a do *argumentum a contrario*. Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre* (1934, 2ª ed. 1960) tradução de João Baptista Machado *Teoria Pura do Direito* (1985; 7ª ed. 2006), São Paulo, Martins Fontes, 392 (demonstrando, entretanto, sua incompatibilidade com outro meio habitual de interpretação, a analogia).

³³⁸ Ver Niklas Luhmann, *Gerechtigkeit in den Rechtssystemen der modernen Gesellschaft* (1973), in *Ausdifferenzierung des Rechts: Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie* (1999), Frankfurt am Main, Suhrkamp, 414.

³³⁹ Cf. Marcelo Neves, *E se faltar o décimo segundo camelo? Do direito expropriador ao direito invadido* in Niklas Luhmann: *Do sistema social à sociologia jurídica* (2004), Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 153 (acrescentando que, nos países periféricos falta, “com frequência”, o décimo segundo camelo como símbolo da positividade do direito “impedindo-se com isso decisões juridicamente consistentes e socialmente adequadas, e, mais ainda, sonégam-se camelos reais enquanto conteúdos de direitos ou deveres básicos textualizados em dispositivos constitucionais e legais”.) Quem partisse da versão de Malba Tahan, na qual o camelo “que sobra” é oferecido a um amigo do juiz, poderia acrescentar: sonégam-se camelos reais porque a amizade invade o direito.

³⁴⁰ Na verdade, aberto *porque* fechado, uma vez que a abertura cognitiva do sistema só é possível porque há fechamento operativo.

³⁴¹ Ver Carlos Santiago Nino, *Introducción al análisis del derecho* (1980), tradução de Elza Maria Gasparotto, *Introdução à análise do direito* (2010, 2ª tiragem 2013), São Paulo, Martins Fontes, 386-392.

denegação de justiça. Na ausência de uma regra geral de fechamento, a indicação da maneira como serão preenchidos os conteúdos de normas não formuladas, ao modo dos mecanismos de preenchimento de lacunas mencionados neste tópico, cumpre o papel de convidar de volta a proibição da denegação de justiça não positivada.

E esse convite não é carente de significado. A existência de meios para que os juízes eliminem as lacunas está imediatamente ligada à superação do paradoxo da decisão indecível e apenas mediatamente conectada ao caráter supostamente completo do sistema jurídico. A introdução da proibição da denegação de justiça no *Code Napoléon* exigiu, não só na França, novas respostas ao paradoxo da decisão.³⁴² Como observa Claus-Wilhelm Canaris, a lacuna provoca um sentimento de falta, de desaprovação.³⁴³ Com o aumento da complexidade, o problema tende a se agravar, e se tem a impressão de que aumentam os vazios do direito.³⁴⁴ É justamente por sua posição próxima ao paradoxo que, de forma simétrica ao caráter autodestrutivo da denegação de justiça, a teoria das lacunas “devora a si mesma”.³⁴⁵ o juiz, em vez de reconhecer o vazio, decide e motiva sua decisão. Isso não significa que as lacunas inexistam simplesmente “porque há juízes”. As formulações que permitem o caráter *completável* do sistema são diversas e algumas procuram manter viva a representação, cada vez menos convincente, de uma supraordenação hierárquica do legislador. Em todas elas demarca-se no vazio uma diferença (análogo/não análogo, equitativo/não equitativo) que permite a atribuição dos valores lícito/ilícito.

³⁴² A ponto de Bobbio afirmar que é apenas com a previsão do Código francês que o problema da completude se torna realmente relevante. Cf. Norberto Bobbio, *Lacune del Diritto* in *Novissimo Digesto Italiano* (3ª Ed. 1957), Torino, Editrice Torinese, 424. A proibição da denegação de justiça é mencionada por Perelman já no início do seu “ensaio de síntese” a respeito do problema das lacunas. Cf. Chaim Perelman, *Le Problème des Lacunes en Droit: Essai de Synthèse* (1967) in Chaim Perelman, *Le problem des lacunes en droit* (1968), Bruxelles, Établissements Émile Bruylant, 537-538.

³⁴³ C. W. Canaris, *De la manière de constater et de combler les lacunes de la loi en droit allemand* (1966), in Chaim Perelman, *Le problem des lacunes en droit* (1968), Bruxelles, Établissements Émile Bruylant, 162.

³⁴⁴ Assim em René Savatier, *Les Creux du Droit Positif au rythme des metamorphoses d'une civilisation* (1965), in Chaim Perelman, *Le problem des lacunes en droit* (1968), Bruxelles, Établissements Émile Bruylant, 521-526. Ver também Carlos Cossio, *La plenitud del orden jurídico y la interpretación judicial de la ley* (1939, 2ª ed. 1947), Buenos Aires, Editorial Losada, 192-195 (afirmando que a crescente complexidade das relações jurídicas é uma das causas para a prevalência do modelo da extensão interpretativa, que indica a maneira como serão preenchidos os conteúdos das normas não formuladas, sobre a limitação interpretativa, segundo a qual tudo o que não está contemplado na lei é permitido). Na teoria dos sistemas, complexidade tem um significado específico: o número maior de possibilidades ao sistema do que a sua capacidade de atualização.

³⁴⁵ Cf. Charles Huberlant, *Les Mécanismes intuitifs pour combler les lacunes de la loi* (1964); E. Wolf, *Les Lacunes du droit et leur solution en Droit Suisse* (1965); e Chaim Perelman, *Le Problème des Lacunes en Droit: Essai de Synthèse* (1967) in Chaim Perelman, *Le problem des lacunes en droit* (1968), Bruxelles, Établissements Émile Bruylant.

A falta de acesso direto ao legislador não é a única dificuldade em se lidar com o paradoxo. O direito romano já nos mostrou que, antes mesmo da *consultatio*, a ocorrência do *non liquet* estava ligada, no processo formulário, à busca pela “veracidade”.

c. A distribuição do ônus da prova

Em sentido divergente aos que atribuem à proibição da denegação de justiça um caráter “essencial” ou “necessário”, vimos que diversos ordenamentos jurídicos, entre os quais o paradigmático exemplo francês, optaram por trazer uma previsão explícita – e, nesse sentido, contingente – dessa proibição. Mesmo quando a previsão esteve ausente, como no direito italiano, observamos que foi dado ao juiz um conjunto de opções a partir do qual o tribunal torna-se apto a superar, por meio de integração, as lacunas jurídicas. A proibição da denegação de justiça, “*expulsa pela porta*” da legislação, é assim convidada a entrar “*pela janela*” dos métodos que proporcionam a tomada de decisão nos casos mais obscuros e complexos – e que colocam em situação *difícil* os juízes que pretendiam *não decidir*.

Mas é possível que os casos jurídicos apresentem dificuldades de outra ordem. Pensemos na situação de um tribunal que recebe a demanda de uma empresa que se julga prejudicada por uma prática anticompetitiva. Imaginemos que a suposta prática tenha sido de fato levada a cabo por firma verticalmente relacionada, conforme decisão definitiva da autoridade concorrencial. Com base nessa decisão, a empresa supostamente prejudicada demanda a reparação dos prejuízos que alega ter sofrido. Os julgadores podem concordar com a decisão de mérito do órgão antitruste, aceitar que em caso de dano decorrente do ilícito praticado uma indenização é devida, e ainda assim permanecer em dúvida diante da dificuldade de comprovar o *nexo causal* com as condutas mencionadas. Mesmo que não houvesse qualquer dúvida teórica a respeito do que caracteriza esse nexo, permaneceria a pergunta: a quem incumbe provar a ligação (ou sua ausência) entre o fato e os danos sofridos?

No caso *Vorbichik v. Shoengarten* (1964), um tribunal israelense reconheceu – com uma sinceridade incomum nesse tipo de organização – a incapacidade de definir qual dos dois lados estava com a razão: “*I am not ashamed to acknowledge that I cannot tell whether the truth is with the plaintiff or with the defendant*”, acrescentando que “*both*

versions were equally plausible”.³⁴⁶ Não obstante a dúvida, a decisão não se resignou a declarar o *non liquet*: em vez disso, absolveu o réu porque o autor, sobre o qual recaía o ônus naquele caso, teria sido incapaz de aduzir provas persuasivas. Suponhamos que nesse caso o réu sequer tivesse apresentado resposta e que, mesmo assim, os juízes não houvessem sido convencidos cabalmente pelas provas apresentadas. Uma solução seria desenvolver regra equivalente à do artigo 319 do nosso Código de Processo Civil, que trata da revelia. Sua consequência seria evitar a pronúncia do *non liquet* nos casos em que o réu deixa de apresentar resposta, ainda que o juiz permaneça em estado de dúvida ao final da instrução.³⁴⁷ Nessa hipótese, contudo, a contribuição para a decisão seria apenas indireta, uma vez que a presunção de veracidade ainda teria de passar pelo crivo do convencimento do juiz.

Há nesses exemplos uma dúvida que se apresenta distinta daquela de cunho jurídico-interpretativo. Em algumas jurisdições, como no sistema austríaco,³⁴⁸ a diferença que estamos sinalizando chega ao ponto de justificar a negação dos efeitos da coisa julgada a uma decisão tomada somente com base na falha de uma das partes em cumprir com o ônus da prova a ela atribuída. Refletindo a distinção, a palavra “lacuna” por vezes é utilizada para descrever dois tipos de dificuldades na aplicação:³⁴⁹ as lacunas de reconhecimento, que tratam da indeterminação semântica da regra, e as lacunas de conhecimento, que representam a falta de conhecimentos empíricos. Em termos sistêmicos, poderíamos dizer, respectivamente, lacunas autorreferenciais e heterorreferenciais. Diante das lacunas heterorreferenciais, não sendo possível recorrer a critérios de autointegração, o juiz poderia assumir uma postura comparativamente mais “passiva”,³⁵⁰ que seria superada

³⁴⁶ Cf. Alfredo Mordechai Rabello, *Non Liqueat: From Modern Law to Roman Law* (1972; 2004) in *Annual Survey of International & Comparative Law* (2004), Vol. 10, Iss. 1, Article 2, 5.

³⁴⁷ Assim em Umberto Bara Bresolini, *Efeitos da Revelia no Processo Civil de Conhecimento* (2004), São Paulo, Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 223.

³⁴⁸ Sugerindo que o mesmo ocorre com as decisões considerada “não decidíveis” no direito alemão, Giovanni Verde, *L'onere della prova nel processo civile* (1972), Camerino, Jovene Editore, 95. Da perspectiva sistêmica, no entanto, já tivemos a oportunidade de notar que todas as decisões – façam ou não “coisa julgada” – trazem em si a nota da indecidibilidade.

³⁴⁹ Cf. Carlos E. Alchourrón, Eugenio Bulygin, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales* (1975, 3ª reimpressão 1998), Buenos Aires, Astrea, 62 (citando Hermann Kantorowicz, *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, 1906).

³⁵⁰ Assim em Giovanni Verde, *L'onere della prova nel processo civile* (1972), Camerino, Jovene Editore, 60-61.

se lhe fosse concedido decidir em estado de incerteza provocado por fatos controversos. Eis o papel que se pode atribuir ao ônus da prova e, indiretamente, às presunções.³⁵¹

Situações como essas deixam claro que o que se busca com a apresentação de provas perante o tribunal não é exatamente a verdade, mas a criação de convicções relevantes dentro de um espaço de tempo restrito.³⁵² Embora o procedimento jurídico não possa prescindir da verdade na sua função específica de transmitir complexidade reduzida,³⁵³ abre-se espaço para o distanciamento entre verdade e direito, de modo que o sujeito envolvido em um procedimento possa estar preparado para um resultado incerto. Uma das tarefas do procedimento é precisamente realizar a mediação entre os dois polos dessa relação rompida, mantendo abertas outras possibilidades na forma de opiniões que, embora contrárias, não se apresentam necessariamente como “injuriosas”.³⁵⁴ Enquanto nos conflitos extrajurídicos toda controvérsia pode surgir como uma controvérsia sobre a controvérsia – quando se contesta ao adversário o próprio direito de contestar – no conflito institucionalizado evita-se o paradoxo e a generalização. O procedimento restringe as informações que não pertençam ao processo de decisão. Dessa perspectiva, o princípio da “livre apreciação das provas” não surge senão como liberdade de desconsiderar papéis alheios ao processo, evitando considerações como as que levaram Aulo Gélío a “não ver claro”.³⁵⁵ No artigo 131 do CPC brasileiro, faculta-se ao juiz apreciar livremente a prova, desde que não exerça esse poder sobre fatos e circunstâncias não constantes dos autos.

Mesmo nos limites dessas constrições, a apreciação dos fatos nem sempre resulta em conclusão razoavelmente segura. A evolução do sistema probatório dá prova disso,

³⁵¹ O ônus da prova pode ser distinguido da presunção (e nesse ponto estão de acordo autores como Verde, Chiovenda, Comoglio e Rosenberg), na medida em que essa última busca dar um sentido positivo a fatos ou relações desconhecidas. Ver, por todos, Gian Antonio Micheli, *L'onere della Prova* (1942), Padova, CEDAM, 170 (“*Solo per questa via indiretta le presunzioni iuris influiscono sulla formazione del convincimento del giudice o possono considerarsi quali regole per evitare un non liquet*”).

³⁵² Niklas Luhmann, *Legitimation durch Verfahren* (1969; 2ª ed. 1975), Darmstadt, Hermann Luchterhand Verlag, 18, nota. 11 (citando Henri Lévy-Bruhl, *Le preuve judiciaire. Etude de sociologie juridique*, 1964).

³⁵³ Nesse sentido, Gian Antonio Micheli, *L'onere della Prova* (1942), Padova, CEDAM, 136 (observando que, para o ordenamento jurídico, é geralmente necessário certo grau de verdade histórica).

³⁵⁴ Cf. Niklas Luhmann, *Legitimation durch Verfahren* (1969; 2ª ed. 1975), Darmstadt, Hermann Luchterhand Verlag, 105-106.

³⁵⁵ Ver a Introdução deste trabalho.

colocando em primeiro plano a incerteza do juiz.³⁵⁶ Já em tempos primitivos o ônus da prova nada tinha a ver com a afirmação da verdade dos fatos: a questão a ser demonstrada era a “pureza” do acusado. Essa demonstração, vista antes como um *direito* do acusado que como *ônus*, seria capaz de confirmar a falsidade da acusação, assegurada a certeza pela intermediação do divino. A verdade era, então, algo que se revelava a um juiz respaldado por poderes sobrenaturais. Um sistema no qual o juízo divino e as provas formais se apresentaram como conaturais foi o das sociedades germânicas primitivas. Esse sistema evolui para um modelo no qual cabia ao juiz decidir, no caso concreto e com base em regras de experiência, quem deveria trazer a prova. Tais regras de experiência se encontram (no direito lombardo e no antigo direito comum) com o direito romano pós-clássico, em que prevalecia o princípio segundo o qual quem afirma tem de apresentar as provas. Dessa confluência criam-se as condições para o desenvolvimento das regras do ônus da prova.³⁵⁷

O encontro das correntes lança incerteza na incerteza: já não se sabe quais são os critérios de repartição do ônus da prova para decidir os casos incertos. Enquanto no direito romano a prova era um meio de persuadir o juiz (que poderia, como vimos, apreciá-la livremente e eventualmente declarar o *non liquet*) no processo germânico trata-se de uma atividade das partes que *por si mesma* decide a controvérsia. O princípio romano do *ônus probandi incumbit qui dicit* sobrevive, contudo, à Idade Média, passando a admitir a prova da negativa. A tradição que leva ao Código Francês pressupõe, por sua vez, a existência de um direito universal que fundamenta o ônus da prova na liberdade individual, transferindo o foco da certeza (do material probatório) para os direitos e deveres das partes envolvidas. Com o tempo, a percepção da impossibilidade de atingir a verdade absoluta encontra a concepção liberal-individualista, estruturando um processo autojustificado na realização da “paz jurídica” entre as partes – uma configuração que aparece como insuficiente sempre que se procure “algo mais”, como a verdade ou a justiça.³⁵⁸ Essa autocompreensão, muito

³⁵⁶ Assim em Giovanni Verde, *L'onere della prova nel processo civile* (1972), Camerino, Jovene Editore, 29-41.

³⁵⁷ Cf. Gian Antonio Micheli, *L'onere della Prova* (1942), Padova, CEDAM, 17-30.

³⁵⁸ Cf. Giovanni Verde, *L'onere della prova nel processo civile* (1972), Camerino, Jovene Editore, 42-43 (citando o exemplo dos países socialistas, nos quais parecia haver um retorno “de tudo aquilo que a concepção burguesa havia deixado de fora” [os fatos, os instintos, as paixões], até que o subjetivismo fosse substituído pelos *princípios* (!) da sociedade socialista e da ideologia marxista-leninista).

ligada à resolução de conflitos jurídicos, permite que a auto-observação do direito processual relacione as regras do ônus da prova diretamente à vedação do *non liquet*.

Após Rosenberg ter situado o ônus da prova na premissa menor do silogismo da aplicação judicial, Gian Micheli define o “problema central” do ônus da prova da seguinte forma: “*il giudice deve giudicare in ogni caso, non solo quando la legge si mostri oscura e lacunosa, ma pure quando manchino gli elementi di fatto necessari per formare il proprio convincimento*”.³⁵⁹ De um ponto de vista descritivo, a proibição da denegação de justiça aparece como um dos componentes do ônus da prova. Ainda que seja possível falar, em sentido não técnico, em “ônus da prova” fora do âmbito jurisdicional (como produto de uma necessidade prática) é na vedação do *non liquet* que se encontra a especificidade do tribunal. Para o autor, o ônus da prova resolve, no entanto, um problema mais amplo que o da proibição do *non liquet*: busca também eliminar decisões de conteúdo dúbio, que não se definam especificamente pelo acolhimento ou rejeição da demanda.³⁶⁰ Nesse sentido, trata-se de norma que tem como principal destinatário o juiz: não serve, como na presunção, para considerar fatos ignorados como verificados, mas antes para oferecer critérios para o julgamento mesmo quando os fatos permanecem desconhecidos.³⁶¹ Não se trata de

³⁵⁹ Gian Antonio Micheli, *L'onere della Prova* (1942), Padova, CEDAM, 5-6. Para um panorama histórico das teorias sobre o ônus da prova, culminando na proposta de Micheli, ver Luiz Eduardo Boaventura Pacífico, *O ônus da prova no direito processual civil* (2000), São Paulo, Revista dos Tribunais, 78-130.

³⁶⁰ A não aplicação do código lícito/ilícito não se identifica exatamente com a introdução de um terceiro valor – já vimos que é melhor compreendida como a introdução de um valor de rejeição. O próprio Salomão, ao propor a divisão do bebê, não buscava uma solução intermediária e equitativa, mas um meio de prova para descobrir a verdadeira genitora – ou verdadeira segundo o meio de prova adotado. Ver Giovanni Verde, *L'onere della prova nel processo civile* (1972), Camerino, Jovene Editore, 91-92 (entendendo que o *non liquet* não é uma terceira parte intermediária ao acolhimento e a rejeição, ou uma terceira via, mas simples recusa de sentenciar).

³⁶¹ Concordando na qualificação do ônus da prova como regra de julgamento, Enrico Tullio Liebman, *Manuale di Diritto Processuale Civile II* (1984), Milano, Giuffrè, 89-93 (para quem a regra do ônus da prova adquire “seu maior relevo” no momento em que o juiz deve decidir). Discordando da distinção entre *valutazione* e *regola di giudizio*, Giovanni Verde, *L'onere della prova nel processo civile* (1972), Camerino, Jovene Editore, 116-124.

perseguir a verdade nem exatamente de decidir “como se” a soubesse,³⁶² mas de decidir *mesmo sem sabê-la*.³⁶³

O tribunal não questiona se é lícito decidir um caso em que falta clareza aos elementos empíricos para a sua qualificação como lícito ou ilícito: simplesmente decide. Por ter aplicação também nesses casos em que a apresentação das provas é insuficiente, as regras que distribuem o ônus, embora possibilitem a decisão, deixam o paradoxo de certa forma desprotegido. Talvez por isso o direito tenha buscado desenvolver construções como as representadas aqui por Giovanni Verde e Luigi Comoglio. Segundo Verde, a função da regra de julgamento não deveria ser a de evitar o *non liquet*, mas a de alcançar o sentido de civilidade da proibição ao juiz de considerar (*presumir*) existentes fatos não comprovados plena e convincentemente.³⁶⁴ Para Comoglio, de outro lado, a associação entre o *non liquet* e o ônus da prova seria fruto de uma visão liberal-individualista do processo, ainda não familiar com a ideia de uma justiça administrada elasticamente no caso concreto.³⁶⁵ O autor sustenta sua crítica afirmando que, se o sentido da regra fosse apenas evitar o *non liquet*, ela seria desnecessária, já que a proibição da denegação de justiça estaria garantida “em termos racionais” por princípios constitucionais e ordinários sobre os quais se funda a coercibilidade da obrigação estatal de prover justiça aos cidadãos.

Não precisamos apresentar mais uma vez a desconfiança que a teoria dos sistemas deposita em explicações desse tipo. Modernamente, é interessante observar o contraste entre o direito alemão, silente em disposições de caráter genérico sobre o ônus da prova, e codificações mais recentes, que preferem fixar uma regra ampla e elástica, aproveitando

³⁶² Em sentido diverso, Francesco Carnelutti, *Diritto e Processo* (1958), Napole, Morano Editore, 265. Também Carlos E. Alchourrón, Eugenio Bulygin, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales* (1975, 3ª reimpresión 1998), Buenos Aires, Astrea, 61-65 (entendendo que as presunções permitem ao juiz atuar “como se” conhecessem todos os fatos relevantes do caso e atribuindo um “lugar central” *nessa construção* ao princípio geral do ônus da prova).

³⁶³ Eis o que na doutrina se chama aspecto “objetivo” do ônus da prova: permitir que o juiz alcance o conteúdo da decisão que deverá ser proferida “*mesmo que* não se convença da realidade fática discutida no processo”. Luiz Eduardo Boaventura Pacífico, *O ônus da prova no direito processual civil* (2000), São Paulo, Revista dos Tribunais, 135.

³⁶⁴ Cf. Giovanni Verde, *L'onere della prova nel processo civile* (1972), Camerino, Jovene Editore, 27.

³⁶⁵ Assim em Luigi Paolo Comoglio, *Le Prove Civili* (2010), Torino, Wolters Kluwer, 261-262 (criticando também a posição de Verde, que apesar de pretender renovar o conceito de *regola di giudizio*, conduz igualmente à consequência de que um juiz não pode considerar existente um fato cuja existência permaneça incerta).

em grande medida a elaboração doutrinária germânica.³⁶⁶ É o caso do Código Civil Suíço, que estabelece, no artigo 9, que “qualquer das partes deve provar, se a lei não prescreve o contrário, os fatos alegados dos quais se deduz um direito”. O CPC brasileiro acolhe, como o legislador fascista italiano, a concepção segundo a qual aquele que pretenda fazer valer um direito em juízo deve provar os fatos que constituem o seu fundamento, excepcionando-se a modificação ou extinção do seu direito, ou os fatos que impedem os seus efeitos, que devem ser provados pelo réu (art. 333). Mais uma vez, o legislador alemão parece evitar e explicitação de temas que, na ânsia de criar condições para superar o paradoxo, acabem dele se aproximando *perigosamente*. A doutrina é quem acaba cumprindo o papel de garantir as condições para a proibição da denegação de justiça.³⁶⁷

A observância da proibição da denegação de justiça, mesmo diante da ausência de uma previsão legislativa explícita, não faz com que ela deixe de ser, como as demais regras do sistema jurídico, um fenômeno contingente. O direito poderia e poderá funcionar de outra forma. De sua proximidade com o paradoxo decorre, não obstante, o seu tratamento no sistema como evidência “sobre-entendida”, ou seja, algo pressuposto como “necessário” por todos aqueles que operam no direito. Sua importância como uma configuração que encaminha o desdobramento do paradoxo faz com que os sistemas jurídicos modernos acabem viabilizando a proibição da denegação de justiça, de uma forma ou de outra. Mesmo quando não merece previsão explícita, expectativas normativas a respeito da vedação do *non liquet* se sustentam em construções como os métodos de integração e as regras do ônus da prova (de previsão legislativa ou elaboração doutrinária). Nesse contexto, a *necessidade* de decidir todos os casos encontra a *liberdade* na fundamentação do direito. A dogmática jurídica tem aqui seu campo precípua de atuação. Ao operar, também percebe rapidamente que não se cuida de liberdade infinita, mas de liberdade *limitada* do ponto de vista da justiça. Tal como a regra de julgamento na tradição romana,

³⁶⁶ Ver Gian Antonio Micheli, *L'onere della Prova* (1942), Padova, CEDAM, 46-49 (citando também, em sentido semelhante, os códigos húngaros e turco).

³⁶⁷ Sobre as regras do ônus da prova (incluindo o questionamento de sua relação com a vedação do *non liquet*) ver, na doutrina alemã, Hans Joachim Musielak, *Die Grundlagen* (1975); Leo Rosenberg, *Die Beweislast* (1981); Wolfgang Bernhardt, *Beweislast und Beweiswürdigung im Zivil – und Verwaltungsprozess* (1996); Leo Rosenberg, Karl Schwab, *Zivilprozessrecht* (2004), e na doutrina suíça, Max Guldener, *Beweiswürdigung und Beweislast nach Schweizerischen Zivilprozessrecht* (1955); Max Kummer, *Grundriss des Zivilprozessrechts nach den Prozessordnungen des Kantons Bern und des Bundes* (1984); Oscar Vogel, *Grundriss des Zivilprozessrechts* (1984) (referidos em Luigi Paolo Comoglio, *Le Prove Civili* (2010), Torino, Wolters Kluwer, 264). Apontando que a discussão é semelhante em países anglo-saxões, Giovanni Verde, *L'onere della prova nel processo civile* (1972), Camerino, Jovene Editore, 47-53.

ela lida tanto com a precaução contra o *non liquet* quanto com a vigilância contra o arbítrio. A tríade com a qual trabalha na sociedade moderna se compõe de *necessidade*, *liberdade* e *limitação*.³⁶⁸

304. ³⁶⁸ Ver Niklas Luhmann. *Das Recht der Gesellschaft* (1993). Frankfurt am Maim, Suhrkamp Verlag,

III. DOGMÁTICA JURÍDICA NA SOCIEDADE COMPLEXA

1. A DOGMÁTICA E SUA FUNÇÃO PARA O DIREITO

A função do direito não é resolver conflitos, entre outras razões, porque existem equivalentes funcionais para esse fim.³⁶⁹ Um conflito pode ser resolvido, ao nível da interação, sem que se recorra ao sistema jurídico.³⁷⁰ Não obstante, por conta da proibição da denegação de justiça, observa-se no sistema algo que não está presente ao nível da interação: a cada conflito corresponde, do ponto de vista jurídico, uma decisão.³⁷¹ O sistema jurídico precisa então estar apto a decidir casos sem saber quantos ou de que forma os enfrentará. Sua função é sustentar, na hipótese de perigos ou desilusões, as expectativas que se pode nutrir em relação ao comportamento de outrem: a famosa estabilização contrafática de expectativas normativas de comportamento.³⁷² Mas qual a função que a dogmática jurídica desempenha *para o direito*?

O termo “função” pode ser definido, em uma construção sociológica formal, como “toda contribuição à manutenção de um sistema ou à manutenção de determinados estados de um sistema”.³⁷³ Sem descuidar de uma referência aos problemas que devem ser resolvidos, a dogmática disponibiliza *para o direito* conceitos, figuras de pensamento e operações lógicas que são por ele utilizados em diferentes e infinitos contextos decisórios. Observar a função da dogmática jurídica é observar, em alguma medida, o que ocorre nesses diversos contextos. Não há nessas observações o propósito de desenvolver uma teoria da decisão, embora possa ser profícua a cooperação – e, naturalmente, a separação –

³⁶⁹ Cf. Niklas Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft* (1993) Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 138-140.

³⁷⁰ Niklas Luhmann, *Kommunikation über Recht in Interaktionssystemen* (1980) in *Ausdifferenzierung des Rechts* (1999), Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 71 („Während des Kommunikationsprozesses können die Teilnehmer auf Grund der gerade aktuellen Vergangenheits – und Zukunftsperspektiven ihres Interaktionssystems den Eindruck gewinnen, dass es besser ist, den Konflikt zu beenden und sich ausserhalb des Rechts zu verständigen“).

³⁷¹ Niklas Luhmann, *Konflikt und Recht in Ausdifferenzierung des Rechts* (1999), Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 95-96.

³⁷² Cf. Niklas Luhmann, *Die Funktion des Rechts: Erwartungssicherung oder Verhaltensteuerung?* in *Ausdifferenzierung des Rechts* (1999), Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 73.

³⁷³ Assim em Niklas Luhmann, *Funktionale Methode und juristische Entscheidung* (1969) in *Ausdifferenzierung des Rechts* (1999), Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 294-299.

entre esta e a teoria dos sistemas.³⁷⁴ Nossa preocupação concentra-se, uma vez mais, na teoria sistêmica, sem pretender que haja, com relação à teoria da decisão, um isolamento profundo como o de um abismo entre mundos incomunicáveis (por exemplo, “ser” e “dever-ser”).

a. A terceira margem do rio

Na sociedade moderna, o sistema jurídico opera entre duas margens. De um lado está o direito positivo, que não pode ser negado pelas comunicações jurídicas. De outro, a proibição da denegação de justiça: o direito obriga a si mesmo a decidir todos os casos. Engana-se, contudo, quem pense que esse rio se deixa representar por uma linha reta. As margens são flexíveis. De um lado, os textos legais admitem interpretação, produzindo uma série de possibilidades ao intérprete. O caso concreto, de outro lado, é sempre contingente – pode se apresentar ou não – e os fatos podem se expor de diversas maneiras. A variação de combinações entre premissas de decisão e decisões produz um rio volumoso, sinuoso, com diversas correntes em várias direções. No emaranhado de alternativas, o direito mostra-se complexo, tal qual a sociedade de que faz parte: nem todas as alternativas são atualizáveis. Além disso, a flexibilidade das margens nega ao direito um ponto de apoio. Surge a necessidade de critérios que relacionem entre si as diversas relações de aplicação do direito. Torna-se necessária uma *terceira margem*.³⁷⁵

Seja qual for o grau de complexidade do sistema, há de se garantir que as comunicações produzidas entre as duas margens sejam sempre comunicações jurídicas. Na sociedade moderna, quem tem desempenhado o papel dessa terceira margem abstrata é a dogmática jurídica. É a dogmática que impede que o rio transborde, errático, e se espalhe na superfície. Não se trata, bem entendido, de reduzir sua incerteza, garantindo uma comunicação sempre idêntica à anterior. Antes o contrário: a dogmática jurídica, ao relacionar relações de aplicação do direito, amplia a incerteza compatível com as

³⁷⁴ Em um texto de 1976, Luhmann aponta como as principais “tendências de pesquisa” de sua época justamente a teoria dos sistemas e a teoria da decisão. Niklas Luhmann, *Gerechtigkeit in den Rechtssystemen des modernen Gesellschaft* (1973), in *Ausdifferenzierung des Rechts: Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie* (1999), Frankfurt am Main, Suhrkamp, 393.

³⁷⁵ A inspiração da metáfora buscamos no conto de João Guimarães Rosa, *A terceira margem do rio* in *Primeiras histórias* (1962, 4ª ed. 1968) Rio de Janeiro, José Olympio.

margens.³⁷⁶ À medida que essa incerteza é ampliada, a dogmática controla as possibilidades de decisão. Já não são possíveis todas as decisões, mas apenas as variações que respeitem as margens do sistema jurídico. É nesse sentido que surge a formulação luhmanniana segundo a qual a dogmática define as “condições do possível”. Cuida-se, por óbvio, do *juridicamente* possível. De maneira similar à epistemologia no campo do conhecimento científico, a dogmática define a possibilidade de construir *juridicamente* os casos jurídicos, assegurando a autopoiese do sistema jurídico. Ao fazê-lo, assegura a repetição das possibilidades de decisão em casos idênticos ou semelhantes.³⁷⁷

A definição do juridicamente possível constitui a função da dogmática jurídica para o direito. Disso decorre que o respeito às normas e a proibição da denegação de justiça são exigências por ela atendidas, mas não esgotam a sua função. A função também não se limita a uma elaboração detalhada da hipótese normativa ou da subsunção entre a norma e o caso. Ela tem, na verdade, um caráter transversal: trata-se de controlar a coerência das decisões tendo em vista *outros* casos. A terceira margem acompanha o fluxo do rio. Com o controle de coerência, não se chega ao ponto de ressuscitar a exigência exacerbada de consistência presente no movimento de codificação. No contexto atual, de profícua produção legislativa, não é difícil perceber que aquela requisição encontra-se relativizada. Multiplicam-se também as chamadas fontes que podem ser referidas pelos tribunais em suas decisões. Como consequência, os tribunais adquirem maior liberdade em sua atividade de interpretação, transformando a necessidade (proibição da denegação de justiça) em liberdade (múltiplas possibilidades de fundamentação). A vinculação aos dogmas não aprisiona o espírito, ao contrário, pode acabar obrigando os juízes a fazerem “os seus melhores achados”.³⁷⁸ A vinculação aumenta a liberdade para lidar com

³⁷⁶ Cf. Niklas Luhmann. *Rechtssystem und Rechtsdogmatik* (1974). Stuttgart, Kohlhammer Urban-Taschenbücher, 17-18. Cf. Guilherme Leite Gonçalves, *Direito entre certeza e incerteza* (2013), São Paulo, Saraiva (apresentando o *non liquet* como o “reentry da certeza na incerteza”). Ver, por outro lado, as observações de Robert Alexy, *Theorie der Juristischen Argumentation* (1983; 1991), Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 330.

³⁷⁷ Isso não significa que do exercício da sua função decorra necessariamente uma determinada forma. A solução para a relação entre relações de aplicação do direito pode ser oferecida por equivalentes funcionais. Ver Niklas Luhmann. *Rechtssystem und Rechtsdogmatik* (1974). Stuttgart, Kohlhammer Urban-Taschenbücher, 18-37. (Ponderando, contudo, que a dogmática jurídica traz a importante vantagem de permitir o controle das decisões).

³⁷⁸ E expressão é de Marcel Proust, *Du côté de chez Swann* (1913) tradução de Mario Quintana, *Em busca do tempo perdido: no caminho de Swann* (1948, 3ª ed, 6ª reimp. 2009), São Paulo, Editora Globo, 46 (atribuindo essa consequência, no caso dos poetas, à “tirania da rima”). Ver Niklas Luhmann. *Rechtssystem und Rechtsdogmatik* (1974). Stuttgart, Kohlhammer Urban-Taschenbücher, 16, 53 (afirmando que a dogmática produz liberdade onde a vinculação é esperada). Sobre esse ponto, ver Robert Alexy, *Theorie der*

experiências e textos. Eis aqui um terreno fértil para “princípios gerais”, “conceitos amortecedores”, “livre convencimento”.

Os que embarcam nesse rio caudaloso nem sempre encontram o caminho da coerência. A relação do sistema jurídico com a dogmática jurídica apresenta, contudo, pressupostos recíprocos.³⁷⁹ De um lado, a dogmática jurídica moderna se constrói e se desenvolve suficientemente apenas quando há diferenciação operacional do direito. A manutenção dessa diferenciação depende, por outro lado, do desenvolvimento de uma dogmática jurídica que esteja em condições de controlar a consistência em relação à decisão de outros casos, definindo as possibilidades de construção jurídica de casos jurídicos. Nesse contexto, a discussão teórica a respeito dos métodos de interpretação ganha ainda maior relevância. A prática dos tribunais absorve maior tolerância à ambiguidade, aos conceitos jurídicos indeterminados e à apreciação *ad hoc* dos fatos envolvidos. O sistema jurídico precisa, diante dessa tolerância, encontrar formas compatíveis com a variação.³⁸⁰ A dogmática procura substituir a fundamentação em argumentos *ad hoc* e *ad hominem* pela vinculação a normas e pelo desenvolvimento de conceitos, máximas, princípios e regras de decisão que valem também para outras decisões.³⁸¹

Para tornar possível a construção jurídica dos casos jurídicos, a dogmática se vale de conceitos. Historicamente, a reflexão sobre a cientificidade do direito foi transferida para o campo da epistemologia e a dogmática jurídica passou a ocupar-se da construção e sistematização do material conceitual.³⁸² Os critérios abstratos de que se vale o sistema jurídico são trabalhados pela dogmática jurídica a partir de uma elaboração conceitual e

Juristischen Argumentation (1983; 1991), Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 328 (ressalvando que seria um erro subestimar o “efeito estabilizador” decorrente da inércia apenas porque a liberdade está indubitavelmente presente na dogmática).

³⁷⁹ Assim em Marcelo Neves, E se faltar o décimo segundo camelo? Do direito expropriador ao direito invadido in *Niklas Luhmann: Do sistema social à sociologia jurídica* (2004), Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 165 (entendendo que em contextos periféricos as “constelações concretas de interesses” impedem uma consistente interdependência das decisões).

³⁸⁰ Cf. Niklas Luhmann. *Das Recht der Gesellschaft* (1993). Frankfurt am Maim, Suhrkamp Verlag, 290. (apresentando, como uma dessas formas, o princípio da disponibilidade processual, pelo qual se condiciona o acesso à justiça, no processo civil, à autonomia das partes).

³⁸¹ Ver Niklas Luhmann. *Das Recht der Gesellschaft* (1993). Frankfurt am Maim, Suhrkamp Verlag, 263-264.

³⁸² Assim na teoria jurídica alemã dos anos 70, como observa Raffaele De Giorgi, *Introduzione all'edizione italiana*, in Niklas Luhmann, *Ausdifferenzierung des Rechts* (1981), tradução de Raffaele De Giorgi *La differenziazione del diritto* (1990), Il mulino, 9-10.

classificatória. Com a ajuda dos conceitos, distinções são armazenadas e disponibilizadas para uma série de outras decisões.³⁸³ Os conceitos reúnem, dessa forma, informações que ajudam a produzir a redundância necessária para o sistema, numa organização que passa a requerer terminologia própria ao direito, progressivamente afastada da linguagem comum. A dogmática jurídica surge justamente como expressão da necessidade de se argumentar conceitualmente no sistema jurídico, impedindo um questionamento político ilimitado. Os conceitos tornam possível a imagem de uma “razão jurídica” e apontam para diferenças, guiando a argumentação por meio da limitação ao que pode ser considerado semelhante (*análogo*) ou não. São também artefatos históricos, na medida em que armazenam experiências e as mantêm utilizáveis. Contribuem, dessa forma, para que a estabilização (e reestabilização) do sistema jurídico se desloque da simples validade de algumas normas para o problema da consistência, garantindo que o direito se conceba – mesmo diante de normas que são frequentemente substituídas por outras – sempre como o mesmo sistema.³⁸⁴

Ao contribuir para a redundância do sistema, os conceitos não tornam as decisões jurídicas mais fáceis. As operações facilitadas pela dogmática jurídica são outras: são operações de comparação. Ao ampliar a incerteza, a dogmática jurídica multiplica a possibilidade de tornar, na verdade, a decisão mais difícil.³⁸⁵ Os conceitos não funcionam como um aparato automático que leva a decisões sem qualquer deliberação posterior. As especificações conceituais tornam possível formular repetidamente o contexto de utilização da dogmática jurídica. Nesse sentido, os conceitos permitem a verificação, não de simples erros lógicos, mas de desvios em relação ao significado produzido (assim como as palavras em relação à linguagem). É possível refinar conceitos, desdobrá-los em novas distinções,

³⁸³ Niklas Luhmann. *Das Recht der Gesellschaft* (1993). Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 385. Aquilo que Hart interpreta como um subproduto do controle social – a referência a *classes* de pessoas, condutas, coisas e circunstâncias – Luhmann parece observar (veja-se uma das epígrafes deste trabalho) como um subproduto da proibição da denegação de justiça. Cf. H. L. A. Hart, *Concept of Law* (1961), tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara, *O Conceito de Direito* (2009) São Paulo, Martins Fontes, 162.

³⁸⁴ Ver Niklas Luhmann. *Das Recht der Gesellschaft* (1993). Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 275.

³⁸⁵ Ainda que, sem a dogmática, nem mesmo essa escolha seja possível. Niklas Luhmann. *Rechtssystem und Rechtsdogmatik* (1974). Stuttgart, Kohlhammer Urban-Taschenbücher, 23. („Ohne Dogmatik hat man gar nicht diese Wahl, sondern kann überhaupt nur einfach entscheiden“).

mas é impossível rebelar-se contra eles, sob pena de falar *outra língua*.³⁸⁶ Essa característica não implica que os conceitos “produzam” o direito: a terceira margem não se confunde com uma inexistente nascente do rio. Em vez de produzi-lo, a dogmática pressupõe um direito já produzido, ainda que como operação jurídica ela participe, naturalmente, da autopoiese. Pressupõe casos já decididos ou normas jurídicas das quais possa extrair critérios para o cumprimento de sua função transversal. No sistema jurídico diferenciado funcionalmente, é fundamental que as construções conceituais sejam compatíveis com processos contingentes e arbitrariamente iniciados.³⁸⁷

A função da dogmática também não é a de “filtrar” a água desse rio metafórico. Num contexto em que o direito pode transformar a si mesmo, seja por meio de leis, decisões judiciais ou contratos, a dogmática jurídica representa menos a depuração de “essências” que o controle da descontinuidade. Esse controle sempre foi realizado em meio a um processo de aprendizado compatível com a recusa normativa de aprendizagem,³⁸⁸ um processo de decantação bastante lento, que precisou de séculos para converter a experiência dos casos em conceitos e máximas.³⁸⁹ Desde que o direito abandonou a verdade e abraçou a contingência, o positivismo implica a validade de um direito mutável, ou melhor, a validade de um direito modificável segundo condições determináveis. A impossibilidade de controlar conceitualmente, por outro lado, as reações de outros sistemas às construções jurídicas reflete, de modo autorreferencial, o caráter arriscado do próprio

³⁸⁶ O jurista baiano Orlando Gomes parece ter percebido esse fato no seu itinerário a respeito dos “conceitos amortecedores”: de instrumento empregado para “galvanizar instituições obsoletas”, esses conceitos são recuperados em sua função de oferecer uma “válvula de escapamento” ao direito. Cf. Luiz Felipe Rosa Ramos, Osny da Silva Filho, *Orlando Gomes* (2015), São Paulo, Elsevier, 93-96. Reconhecendo os conceitos como “instrumento de trabalho” do jurista, Orlando Gomes, *Novas considerações sobre alguns conceitos jurídicos in Direito privado (novos aspectos)* (1961), Rio de Janeiro, Freitas Bastas, 342.

³⁸⁷ Niklas Luhmann. *Rechtssystem und Rechtsdogmatik* (1974). Stuttgart, Kohlhammer Urban-Taschenbücher, 24.

³⁸⁸ Niklas Luhmann, *Die Rückgabe des zwölften Kamels* (1985; publicado em 2000) tradução de Dalmir Lopes Jr. *A restituição do décimo segundo camelo: do sentido de uma análise sociológica do direito in Niklas Luhmann: Do sistema social à sociologia jurídica* (2004), Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 63-70.

³⁸⁹ Ver Niklas Luhmann, *Ökologische Kommunikation. Kann die moderne Gesellschaft sich auf ökologische Gefährdungen einstellen?* (1985; 5ª ed. 2008), Wiesbaden, VS Verlag, 96.

direito.³⁹⁰ A busca por conceitos “socialmente adequados” depende, na sociedade moderna, do teste de soluções que encontrem os mais prováveis “*eigenvalues*”³⁹¹ do sistema jurídico.

Em sua tarefa transversal de relacionar diversas relações de aplicação, a dogmática se vale da diferença igual/desigual. Nos casos iguais, considera-se que as regras já aplicadas são “subsumidas”. Nos casos desiguais, novas regras precisam ser produzidas. O descredenciamento de uma pequena clínica por um plano de saúde, com base na regra que permite a denúncia imotivada, pode receber tratamento distinto ao do descredenciamento de uma clínica de grande porte, com diversos pacientes e capacidade de dinamizar um mercado de prestação de serviços médicos. Como os casos são sempre mais numerosos que as regras já existentes, o direito pode permanecer estável com base nessas regras, causando uma tensão no ambiente, ou apelar para uma superregulação, construindo uma complexidade mais alta a partir de sucessivas distinções. Pode se valer, no exemplo mencionado, de distinções como clínica de grande porte/clínica de pequeno porte, contratos com objeto exclusivamente mercantil/contratos com objeto relacionado à saúde. Diante de tantos meandros, a capacidade do sistema de continuar operando autopoieticamente poderia ser colocada em questão.³⁹² A revolta do rio e a premência do seu transbordamento tornaria o sistema menos atrativo aos seus usuários.³⁹³ A autopoiese, de maneira improvável, parece ter se mantido.

Assumindo o risco do desgaste, a imagem utilizada nesta seção nos permitirá fazer ainda duas observações adicionais. A primeira é que a representação do trabalho dogmático como uma argumentação estruturada a partir de dogmas associados ao direito positivo consegue alcançar apenas um dos lados da questão. Um rio do qual se retire uma de suas margens deixa imediatamente de sê-lo. Sem a proibição da denegação de justiça, certamente estaríamos diante de uma dogmática jurídica distinta. Isso não significa que o desenho seja imutável. Já observamos a flexibilidade das margens do rio. É preciso apontar

³⁹⁰ Niklas Luhmann. *Das Recht der Gesellschaft* (1993). Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 562. Niklas Luhmann. *Rechtssystem und Rechtsdogmatik* (1974). Stuttgart, Kohlhammer Urban-Taschenbücher, 49.

³⁹¹ Quando as operações de observação se aplicam repetidamente aos seus resultados, pode levar a valores estáveis, isto é, a uma semântica que os sustenta e lhes confere a preferência, Ver Niklas Luhmann, *Die Gesellschaft der Gesellschaft II* (1997), Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 1082.

³⁹² Niklas Luhmann. *Das Recht der Gesellschaft* (1993). Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 272.

³⁹³ Não é o que parecem indicar os índices de litigiosidade. No Brasil, conferir o relatório “Justiça em Números” do CNJ de 2014 disponível em [ftp://ftp.cnj.jus.br/Justica_em_Numeros/relatorio_jn2014.pdf](http://ftp.cnj.jus.br/Justica_em_Numeros/relatorio_jn2014.pdf).

também a sua contingência: se há algum tempo já se especula a respeito de um direito sem dogmas,³⁹⁴ não seria absurdo imaginar uma dogmática jurídica estruturada a partir de um sistema que opta por não decidir todos os casos. Nas condições atuais do sistema jurídico, porém, outra observação parece mais plausível. É possível que, além da terceira margem que acompanha o fluxo do rio, se desenvolva uma dogmática orientada a outras decisões juridicamente relevantes. Decisões envolvidas na formação de contratos e produção de leis, por exemplo, não estão sujeitas à vedação do *non liquet*. Parece alvissareira a construção conceitual preocupada com a consistência de decisões regulatórias, ainda que o recurso ao tribunal apareça apenas como uma possibilidade distante. Do mesmo modo, uma dogmática contratual que não esteja imediatamente preocupada com a operacionalidade dos seus conceitos pelos tribunais, mas com orientações para os particulares responderem de forma lícita às pressões do sistema econômico. Estaríamos diante, nesses casos, da terceira margem dos afluentes do rio ou, para utilizar a diferença luhmanniana, de uma dogmática “periférica”.

A segunda observação diz respeito a uma peculiaridade do nosso rio simbólico. Esse é um rio que não tem foz ou nascente. O direito não tem um fundamento ou um princípio produtor, não tem um “ponto de partida”.³⁹⁵ Mesmo que o navegante de um trecho possa imaginar coisas desse tipo, o observador de sua unidade vê apenas a autopoiese, enxerga apenas a produção do elemento que, como num ciclo hidrológico, é produzido a partir de outro elemento do mesmo tipo. Direito produz direito a partir de direito, seja quando um tribunal, premido pela proibição da denegação de justiça, produz uma norma jurídica em um caso concreto, seja quando a dogmática elabora conceitos a partir de casos jurídicos já decididos. O sistema jurídico também não tem uma finalidade: não encontra, ao final do seu curso, o calmo oceano. Sua função é desempenhada na medida em que o sistema opera, na medida em que traduz, através das expectativas generalizadas de modo congruente, a contingência original do comportamento em uma

³⁹⁴ É o que propunha Roberto Lyra Filho, *Para um direito sem dogmas* (1980), Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris.

³⁹⁵ A formulação luhmanniana da “proibição da negação dos pontos de partida” não me parece, por essa razão, a mais adequada. Tanto se pode “partir” do direito positivo para esbarrar na proibição da denegação de justiça quanto percorrer o caminho contrário (partir da necessidade de decidir todos os casos e ir de encontro aos programas condicionais existentes). Nesse rio é possível entrar por qualquer uma das margens.

diferença específica: lícito/ilícito.³⁹⁶ Nesse rio sem foz, a busca pela “justiça” assume um significado bastante distinto do sentido heroico que lhe costuma ser atribuído.

b. Justiça como fórmula de contingência

Segundo a passagem bíblica,³⁹⁷ Pôncio Pilatos se dirigiu a Jesus – “então, você é rei!” – e Jesus respondeu: “Tu dizes que sou rei. De fato, por esta razão nasci e para isto vim ao mundo: para testemunhar a verdade. Todos os que são da verdade me ouvem”. Então Pilatos perguntou: “que é a verdade?” e a pergunta ficou sem resposta. Referindo-se a essa passagem, Kelsen trata de outra pergunta não respondida. O jurista de Viena defende que, da pergunta de Pilatos, emerge uma outra questão “bem mais veemente”: “o que é a justiça?”³⁹⁸ E, apesar de considerá-la “a eterna questão da humanidade”, admite que também essa resposta continua ausente. A possível razão: “talvez por se tratar de uma dessas questões para as quais vale o resignado saber de que o homem nunca encontrará uma resposta definitiva; deverá apenas tentar perguntar melhor”.

Para a teoria dos sistemas, não é preciso oferecer um conceito de justiça: basta observar a função do sistema jurídico e tratar a justiça como reflexão dessa função no direito.³⁹⁹ A pergunta que Luhmann consegue formular a respeito do tema é: “quanta justiça se pode permitir na sociedade?”⁴⁰⁰ Seu desdobramento pode ser construído a partir de uma perspectiva evolutiva. Na passagem da sociedade arcaica para a sociedade moderna, a justiça surge como *perfeição*. Como perfeição, a justiça mesma é justa. Em uma forma não funcionalística da reflexão, isto é, sem pretender diferenciar o sistema do

³⁹⁶ Cf. Niklas Luhmann, *Gerechtigkeit in den Rechtssystemen des modernen Gesellschaft* (1973), in *Ausdifferenzierung des Rechts: Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie* (1999), Frankfurt am Main, Suhrkamp, 381-384.

³⁹⁷ João 18: 37-38 (há também referências do evangelho de Marcos, Mateus e Lucas). O episódio bíblico envolvendo Pôncio Pilatos é também um dos exemplos mais conhecidos (e condenados) a respeito da decisão de não tomar uma decisão – isto é, “lavar as mãos”. Para uma discussão desse episódio em Hans Kelsen, cf. Manfred Welan, *Der Prozess Jesu und Hans Kelsen* (2007), Diskussionspapier, Institut für nachhaltige Wirtschaftsentwicklung.

³⁹⁸ Hans Kelsen, *What is Justice?* (1957), traduzido por Luís Carlos Borges, *O que é a justiça?* (3ª Ed. 2001), São Paulo, Martins Fontes, 1.

³⁹⁹ Assim em Niklas Luhmann, *Vorwort* (1981) in *Ausdifferenzierung des Rechts: Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie* (1999), Frankfurt am Main, Suhrkamp, 7.

⁴⁰⁰ Niklas Luhmann, *Gerechtigkeit in den Rechtssystemen der modernen Gesellschaft* (1973), in *Ausdifferenzierung des Rechts: Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie* (1999), Frankfurt am Main, Suhrkamp, 417.

ambiente, subtrai-se a possibilidade da negação – na perfeição já está implicado o aperfeiçoamento da perfeição – e a contingência é absorvida como mera reformulação do problema.

A passagem da *societas civilis* para a sociedade burguesa representa a passagem do direito natural para a plena positivação da validade do direito. Na sociedade burguesa, deve-se abandonar a noção de justiça como perfeição. O jurista que emprega o conceito tradicional de justiça utiliza um recurso no qual ele mesmo não crê. Essa passagem para a sociedade burguesa é também a passagem do primado funcional da política para o primado da economia. O iluminismo, que simboliza o movimento para a sociedade atual, formula o problema da justiça em face da noção de *desenvolvimento*. Com o desenvolvimento, surge o horizonte indeterminado de possibilidades ulteriores. Isso significa complexidade social crescente, crescente pressão decisória e, no âmbito do direito, positividade. A incongruência entre certeza e justiça se acentua. Expõe-se a fratura entre a complexidade exigida socialmente e a complexidade adequada do ponto de vista da decisão, indicando o deslocamento do problema da justiça para a politização do crescimento da sociedade. O direito, por sua vez, não pode abdicar da tomada de decisões. Isso provoca uma exposição inescapável à pressão social pelo crescimento.⁴⁰¹

O direito não pode tratar de todas as questões sociais com a complexidade com que elas surgem na própria sociedade: essa complexidade é reduzida; o ambiente, reconstruído internamente. Mas a reconstrução só atenderá à exigência de justiça se for consistente com as decisões do próprio sistema jurídico.⁴⁰² A distinção igual/desigual, da qual se vale a dogmática jurídica, serve como um segundo mecanismo de correção para que o sistema, já fechado operativamente em relação ao ambiente (lícito/ilícito), não se feche também internamente (lícito/ilícito conforme outros casos já decididos). Nesse contexto, justiça

⁴⁰¹ Gerando uma complexidade que faz com que não se possa mais, por exemplo, decidir todos os casos de reparação de danos com base na “culpa” individual. Niklas Luhmann, *Systemtheoretische Beiträge zur Rechtslehre* (1972), in *Ausdifferenzierung des Rechts: Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtslehre* (1999), Frankfurt am Main, Suhrkamp, 259. („Auch hier sind jedoch dem internen Gegensteuern Grenzen gezogen, da langfristig gesehen das Rechtssystem nur durch Aufbringen 'entsprechender Komplexität' bestehen kann. Die Entscheidungserwartungen müssen, wenn nicht fallweise so doch strukturell, durch zunehmende Varietät des Normengefüges honoriert werden; man kann heute zum Beispiel nicht mehr alle Schadensfälle schlicht nach dem Prinzip des individuellen Verschuldens entscheiden“).

⁴⁰² Ver Niklas Luhmann. *Das Recht der Gesellschaft* (1993). Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 225-226.

deve ser entendida como a unidade que a sociedade exige do direito.⁴⁰³ Não há necessidade de se referir a um ideal externo – o camelo está *no* sistema. Não se trata, pois, de norma metajurídica, mas da necessidade de dar um tratamento adequado à complexidade do ambiente: diante da contingência, o direito precisa apresentar respostas uniformes a situações semelhantes. É preciso tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais. Mas é preciso, acima de tudo, fazê-lo por meio de operações do próprio sistema (e sem que a justiça mesma possa servir como código).⁴⁰⁴

A definição do que pode ser considerado igual ou desigual, e com base em quais regras, é feita pelo próprio direito. Assim, o conceito de justiça pode ser redefinido como a necessidade de tratar igualmente *casos* iguais e desigualmente *casos* desiguais. Numa formulação que até um estudioso refinado como Werner Krawietz considera impossível aceitar de modo convincente,⁴⁰⁵ a justiça se resume, na teoria dos sistemas, a uma *fórmula de contingência*. Tal como a escassez no sistema econômico,⁴⁰⁶ a justiça combina autorreferência e heterorreferência. Ao fazê-lo, processa o paradoxo da decisão, exigindo dela, ao mesmo tempo, consistência jurídica e adequação social. Isso não faz com que a justiça deixe de constituir, ela mesma, um paradoxo. Como toda fórmula de contingência, a justiça motiva a comunicação enquanto é uma experiência com algo que falta.⁴⁰⁷ Como paradoxo, o equilíbrio entre consistência jurídica e adequação social pode ser *desdobrado*, mas não *resolvido* definitivamente. Sempre deve faltar algo. O “paraíso moral” da plena realização de justiça significaria o fim do direito, da mesma forma que o “paraíso da abundância” significaria o fim da economia.

Assim como a ideia de perfeição, a formulação iluminista implicava a exclusão da possibilidade de negação. Se a função do direito é tornar decidível a contingência, recusar

⁴⁰³ Assim em Niklas Luhmann. *Rechtssystem und Rechtsdogmatik* (1974). Stuttgart, Kohlhammer Urban-Taschenbücher.

⁴⁰⁴ Niklas Luhmann, *Gerechtigkeit in den Rechtssystemen des modernen Gesellschaft* (1973), in *Ausdifferenzierung des Rechts: Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie* (1999), Frankfurt am Main, Suhrkamp, 384-388.

⁴⁰⁵ Ver Raffaele De Giorgi, *Presentazione* in Francesco Calabro, *Incertezza e vincolo: Il racconto del Diritto nel pensiero di Niklas Luhmann* (2007), Lecce, Pensa Multimedia, 9.

⁴⁰⁶ Niklas Luhmann, *Die Wirtschaft der Gesellschaft* (1994), Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 29.

⁴⁰⁷ Ver Marcelo Neves, *Entre Hidra e Hércules: Princípios e regras constitucionais* (2013), São Paulo, Martins Fontes, 226.

a decisão equivaleria a *denegar justiça*.⁴⁰⁸ Mas segundo a lógica da decisão (e não da perfeição) um sistema que não pode refutar decisões também não pode garantir plenamente a consistência do seu decidir.⁴⁰⁹ A proibição da denegação de justiça não elimina a contradição: em vez disso, obriga à decisão mesmo quando a clareza é impossível. Diante de um sistema que pode perder o controle de sua própria complexidade, as proclamações de pretensão de justiça precisam ser rebaixadas. A fórmula de contingência exige restrições que tornam possíveis, a um só tempo, o controle da consistência das decisões e a eliminação das negações. Além dos obstáculos práticos e reais, que levam a um acesso limitado e desigual à decisão jurídica, a proibição da denegação de justiça pressupõe filtros internos à administração da justiça. No ambiente do sistema jurídico, requer-se normativamente que o acesso ao sistema não esteja limitado por estruturas extrajurídicas (por exemplo formação das pessoas, estratificação social, patrimônio, considerações morais, força física). Internamente, a justiça limita o acesso à justiça.

Dada a sua permeabilidade à complexidade social, as formas marginais de produção da validade jurídica, como os contratos e a legislação, estariam nesse caso isentas da referência à justiça. Uma dogmática “periférica” como a aventada na seção anterior teria de se conformar em ser uma *dogmática sem justiça*, ou então assumir o encargo de compatibilizar consistência e complexidade na periferia do sistema jurídico. O desafio seria enorme: produzir redundância em uma conceitualidade jurídica consistente e responder à altura a exigências econômicas e políticas ainda não filtradas. Além de lidar com a consistência das categorias jurídicas, teria de estar mais permeável à racionalidade de outros sistemas. Não surpreende, assim, que Luhmann atribua a fórmula de

⁴⁰⁸ Cf. Niklas Luhmann, *Gerechtigkeit in den Rechtssystemen des modernen Gesellschaft* (1973), in *Ausdifferenzierung des Rechts: Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie* (1999), Frankfurt am Main, Suhrkamp, 377-381.

⁴⁰⁹ Cf. Niklas Luhmann, *Gerechtigkeit in den Rechtssystemen der modernen Gesellschaft* (1973), in *Ausdifferenzierung des Rechts: Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie* (1999), Frankfurt am Main, Suhrkamp, 412-415 (criticando os que entendem que, da máxima da não contradição, decorre a proibição da denegação de justiça). Do ponto de vista lógico, Bulygin e Alchourrón consideram um sistema axiologicamente inadequado (injusto) quando: (i) elege mal os casos ou (ii) quando soluciona mal os casos corretamente eleitos. Esses defeitos não são incompatíveis entre si. Carlos E. Alchourrón, Eugenio Bulygin, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales* (1975, 3ª reimpresión 1998), Buenos Aires, Astrea, 157.

contingência apenas ao centro do sistema jurídico, onde a própria proibição da denegação de justiça funcionaria como uma base para o princípio da justiça.⁴¹⁰

Apesar das autodescrições heroicas, que prometem “justiça” a cada um dos que acessem o sistema jurídico (proibição da denegação de “*justiça!*”), na prática o direito oferece decisões obrigatórias, liberdade na fundamentação dessas decisões e limitação dessa liberdade por uma fórmula de contingência. O direito não precisa oferecer decisões com as quais todos os sujeitos razoáveis concordem: apenas quando observada como um *valor* a justiça não permite a refutação do consenso. O teor ético e o apelo emocional da semântica dos valores não solucionam o problema de decidir entre os vários valores que possam estar implicados em uma decisão. Para a decisão que se baseia no código binário, a justiça perdeu sua função como critério que pode ser referido a muitos valores. De acordo com a visão clássica, a decisão permitiria alcançar aquilo que é justo.⁴¹¹ Essa opinião esbarra no problema da decisão incorreta que se torna válida, bem como na ausência de instrução suficiente para que os responsáveis pela decisão possam assegurar decisões justas. Com a pressão social pelo aumento da complexidade do sistema jurídico, a justiça deixa de ser avaliada em uma norma ou decisão isolada e passa a se referir ao sistema como um todo.⁴¹²

Diante dessa definição, fica claro que a justiça não implica consenso, juízos universalizáveis e racionais. O juiz não se sente dependente, por conta da fórmula de contingência, a apresentar, a cada uma de suas diversificadas decisões, as bases para julgamentos morais e suscetíveis de consenso.⁴¹³ A questão da justiça não é ética ou moral, mas apenas a de evitar inconsistências. A moral não serve, aliás, como razão para a validade de normas jurídicas, ainda que possa trazer alguma vantagem argumentativa. Os seus programas estão fragmentados demais para isso. Além disso, o recurso à moral pode trazer desvantagens para o juiz: o afastamento de certas opiniões jurídicas passa a ter o

⁴¹⁰ Cf. Niklas Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft* (1993). Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 230.

⁴¹¹ Assim em Niklas Luhmann, *Legitimation durch Verfahren* (1969; 2ª ed. 1975), Hermann Luchterhand Verlag, Darmstadt, 17.

⁴¹² Ver Niklas Luhmann, *Gerechtigkeit in den Rechtssystemen des modernen Gesellschaft* (1973), in *Ausdifferenzierung des Rechts: Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie* (1999), Frankfurt am Main, Suhrkamp, 388-394.

⁴¹³ Cf. Niklas Luhmann, *Legitimation durch Verfahren* (1969; 2ª ed. 1975), Hermann Luchterhand Verlag, Darmstadt, 126.

encargo de ser justificado moralmente, quando as condições estruturais e temporais da decisão bastariam para explicá-lo. Na prática, dadas as condições que envolvem a decisão jurídica, os juízes acabam, nos casos complexos, seguindo princípios ou utilizando argumentos orientados para as consequências das decisões. Com o reingresso do paradoxo na forma de questões que não podem ser decididas com base nas regras disponíveis, constroem-se distinções como “conforme ao princípio/desconforme ao princípio” ou “produtor de consequências favoráveis/produtor de consequências desfavoráveis”.

Diferenças como essas, que parecem trazer certa tensão à elaboração dogmática, colocam a questão da indispensabilidade da elaboração do material jurídico em conceitos altamente abstratos. A dogmática precisa (ou pode) em condições de alta complexidade, se preocupar com o futuro? Seria inevitável uma ordenação dos valores relevantes ou a aplicação de um processo oportunístico, com critérios modificáveis caso a caso? Não seria mais apropriada uma profícua atividade legislativa capaz de definir “no detalhe” e *ex ante* o critério jurídico para a maior quantidade possível de questões? O grau variável de desenvolvimento da dogmática jurídica em diferentes circunscrições jurídicas não colocaria sua imprescindibilidade sob suspeita? O próprio Luhmann formulou questões parecidas.⁴¹⁴ O endereçamento dessas perguntas recomenda que se retome, quarenta anos depois, o debate a respeito do futuro da dogmática jurídica.

2. A ARGUMENTAÇÃO E O FUTURO DA DOGMÁTICA JURÍDICA

Em 1974 intensificava-se na Alemanha o calor de um debate teórico.⁴¹⁵ De um lado estavam os que defendiam a necessidade de os juristas estarem aptos a lidar com as consequências de suas decisões. Os efeitos funcionariam como justificativas das decisões jurídicas; os instrumentos sociológicos, como refinadores de sua análise.⁴¹⁶ De outro lado,

⁴¹⁴ Sobretudo em Niklas Luhmann. *Rechtssystem und Rechtsdogmatik* (1974). Stuttgart, Kohlhammer Urban-Taschenbücher.

⁴¹⁵ Para Luhmann, a intensidade das reações poderia sugerir tanto que sua tese era falsa quanto que tocava em um nervo profundamente sensível dos juristas. Ver Niklas Luhmann. *Rechtssystem und Rechtsdogmatik* (1974). Stuttgart, Kohlhammer Urban-Taschenbücher, 8.

⁴¹⁶ Assim os juristas passam a recorrer à sociologia; e os progressistas, a afirmar que os estudantes de direito devem ser educados para a transformação social. Cf. Niklas Luhmann, *Die Funktion des Rechts: Erwartungssicherung oder Verhaltensteuerung?* (1974) in *Ausdifferenzierung des Rechts* (1999), Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 77-79.

colocava-se a tese defendida por Luhmann, segundo a qual os efeitos não poderiam ser controlados juridicamente e à dogmática só importaria o futuro como generalização do passado. Hoje é possível perceber que o debate a respeito da relevância do futuro para a dogmática jurídica colocava em questão o futuro da própria dogmática jurídica. Essa questão, dirá Luhmann, “é a questão das condições sociais sob as quais ela tem funcionado e poderia continuar a funcionar”.⁴¹⁷ É disso que trata a observação sociológica: uma investigação a respeito do futuro do presente.⁴¹⁸

Nas condições da sociedade funcionalmente diferenciada, o sistema precisa encontrar suporte em si mesmo, já que não pode buscá-lo em algo exterior ou em algum lugar “no mundo”. Isso torna necessária a argumentação, como observação de segunda ordem que permite o fechamento recursivo do sistema. Enquanto a interpretação, vista como produção expansiva de novos textos com base em outros textos, representa uma observação de primeira ordem – seu objetivo é o engajamento em uma discussão que procura, no sistema jurídico, sempre alcançar uma decisão – a argumentação surge com a questão a respeito de *como* os textos podem ser utilizados na comunicação.⁴¹⁹ Nesse nível, ela define o que conta para o direito como realidade.

Sob condições sociais que alimentam o direito com alta complexidade, a argumentação não é uma busca pelo consenso para fundamentar decisões.⁴²⁰ Nem por isso ela leva a uma concepção “decisionista” ou meramente “pragmática”. A argumentação lida, na verdade, com o desenvolvimento de posições que permitem fazer avançar o material jurídico, de modo que o sistema possa identificar operações diversas como próprias. A consolidação dessa teia de pontos de vista envolvidos na tomada de decisão é chamada, no direito, de doutrina. Ao aumentar a complexidade do sistema, a argumentação

⁴¹⁷ Niklas Luhmann. *Rechtssystem und Rechtsdogmatik* (1974). Stuttgart, Kohlhammer Urban-Taschenbücher, 23.

⁴¹⁸ Diverso, portanto, do presente do futuro. Cf. Niklas Luhmann. *Rechtssystem und Rechtsdogmatik* (1974). Stuttgart, Kohlhammer Urban-Taschenbücher, 47 („Zeittheoretisch muss man dabei von einer Differenz der gegenwärtig erlebten Zukunft und den künftigen Gegenwarten ausgehen“). Ver também Niklas Luhmann. *Das Recht der Gesellschaft* (1993). Frankfurt am Maim, Suhrkamp Verlag, 198.

⁴¹⁹ Assim em Niklas Luhmann. *Das Recht der Gesellschaft* (1993). Frankfurt am Maim, Suhrkamp Verlag, 340.

⁴²⁰ Em que pesem as esperanças de fundamentação para a autonomia do direito e para sua “racionalidade específica”. Cf. Niklas Luhmann, *Die Rückgabe des zwölften Kamels* (1985; publicado em 2000) tradução de Dalmir Lopes Jr. *A restituição do décimo segundo camelo: do sentido de uma análise sociológica do direito* in Niklas Luhmann: *Do sistema social à sociologia jurídica* (2004), Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 18.

permite que a doutrina seja desempenhada de modo inovador, sem descuidar da redundância que é condição de sua possibilidade.⁴²¹ Variedade e redundância se combinam, então, para que a autopoiese seja possível. Mas definir as condições do juridicamente possível sempre foi função da dogmática jurídica. Estaríamos diante de uma substituição?

Alguns indícios parecem sugerir a ruptura. Na obra de 1993, não é a dogmática jurídica, mas a argumentação que ocupa um capítulo do livro.⁴²² Uma referência no debate brasileiro a respeito da dogmática, anos depois de perguntar se “perderíamos o controle”, assina publicação na qual é a argumentação jurídica que preenche o título.⁴²³ A especulação sobre a hipótese da ruptura nos leva, contudo, a observar novamente as duas exigências básicas da dogmática jurídica moderna. E notamos que, primeiro, a argumentação jurídica não tem como característica a superação do direito válido. Embora apresente, no nível de segunda ordem, uma maior “irresponsabilidade”, seu resultado pode ser manejado em regras e princípios jurídicos.⁴²⁴ Mais do que o abandono do direito positivo, o que se tem observado é o enfraquecimento do esquema regra/exceção, de enorme importância para a construção da dogmática jurídica moderna. Essa tendência tem se manifestado de diferentes formas, todas respondendo, em alguma medida, ao segundo requisito central da dogmática jurídica: a proibição da denegação de justiça. No Brasil, uma dessas formas recebeu o nome de “neoconstitucionalismo”.

⁴²¹ A redundância, como lado da distinção que tem como outro lado a variação, não é mais nem menos que a “justiça” observada no tópico anterior. Niklas Luhmann. *Das Recht der Gesellschaft* (1993). Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 356-374 (criticando a utilização do termo “instituição” para designar as limitações imanentes ao direito, na medida em que esse não distinguiria claramente entre limitação e fundamentação).

⁴²² Cf. Niklas Luhmann. *Das Recht der Gesellschaft* (1993). Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 338-406 (trata-se do oitavo capítulo da obra).

⁴²³ Tercio Sampaio Ferraz Jr. *A argumentação jurídica* (2014), Barueri, Manole (tratando, na verdade, da transformação do estilo argumentativo da “cultura do código”).

⁴²⁴ Há que se fazer aqui uma observação. Princípios e regras podem tanto ser observados como categorias jurídico-dogmáticas quanto funcionar na prática argumentativa como normas jurídicas. Do ponto de vista da teoria dos sistemas, é insustentável uma distinção rigidamente hierárquica entre metalinguagem e linguagem-objeto: a dogmática refere-se à prática jurídica de aplicação de princípios e regras constitucionais para conceituar essas categorias normativas; os órgãos encarregados da concretização constitucional recorrem aos conceitos jurídico-dogmáticos dos princípios e regras constitucionais para aplicar as respectivas normas. Como elementos do sistema (no plano das comunicações), os argumentos se diferenciam, porém, dos princípios como normas (no plano da estrutura do sistema). Cf. Marcelo Neves, *Entre Hidra e Hércules: Princípios e regras constitucionais* (2013), São Paulo, Martins Fontes, 119-126.

a. Neoconstitucionalismo: um subproduto da proibição?

O neoconstitucionalismo não se apresenta como uma teoria específica da constituição ou uma única filosofia do direito. Parece mais acertado observá-lo como um conjunto de contribuições unidas pelo propósito de superar um determinado passado em nome de um futuro ainda indefinido. Como sugere o título da coletânea publicada por Miguel Carbonell em 2003, é mais adequado falar, nesse sentido, em “neoconstitucionalismo(s)”. Entre as perspectivas unidas sob esse rótulo, encontramos os seguintes traços:⁴²⁵ (a) o reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos e sua valorização na aplicação do direito; (b) rejeição ao formalismo e recurso mais frequente a um raciocínio jurídico “mais aberto”; (c) constitucionalização do direito; (d) reaproximação entre direito e moral e (e) judicialização das relações sociais, com papel de destaque para o Poder Judiciário.

O passado que o neoconstitucionalismo proclama superar é um quadro, muitas vezes impressionista, pintado a respeito da cultura jurídica prevalecente até a Segunda Guerra Mundial. Trata-se de suplantar uma cultura alegadamente legicêntrica, associada a uma hermenêutica fundada na subsunção e à proeminência dos velhos códigos. Essa posição teórica veio frequentemente acompanhada da rejeição ao nacional-socialismo, ainda que o nazismo tivesse guardado lugar de prestígio aos juristas de orientação principiológica. Busca-se, com isso, resgatar elementos tidos como desprezados pelo positivismo clássico (ou por um “espantalho” desse positivismo), como as considerações de natureza moral e empírica. No Brasil, o “começo dessa história” teria sido a promulgação da Constituição de 1988 que, entre outras medidas – e com destaque para o presente trabalho – consagrou a inafastabilidade da tutela judicial (art. 5º, XXXV). Tendo em vista que uma Declaração dos direitos dos homens e dos cidadãos já tinha sido proclamada dois séculos antes e considerando que, também no Brasil, os mais nobres princípios sempre souberam conviver (talvez por isso nem assim tão “fora do lugar”⁴²⁶)

⁴²⁵ Conforme Daniel Sarmiento, *O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades* in Marcelo Novelino (org.) *Direito Constitucional: teoria da Constituição* (2009), Salvador, Editora JusPodivm, 31-32.

⁴²⁶ Para contornos algo contraintuitivos desse debate, cf. Roberto Schwarz, *Nacional por subtração*, in *Que horas são?* (1987), São Paulo, Companhia das Letras, 29-48; e do mesmo autor, *As idéias fora do lugar*, in *Ao Vencedor as batatas* (1992), São Paulo, Duas Cidades, 13-28. Por último, v. Jessé Souza, *Uma interpretação alternativa do dilema brasileiro*, in *A modernização seletiva* (2000), Brasília, UnB, 205-276.

com práticas como a da escravidão, é provável que a autodescrição do neoconstitucionalismo não seja apenas otimista em relação ao futuro, mas também algo “naive” com relação ao passado.

Não é esse tipo de reparo, contudo, que nos interessa primordialmente na presente subseção. Nosso propósito aqui é observar o que as principais formulações do neoconstitucionalismo revelam a respeito do futuro (do presente) da dogmática jurídica nas condições de uma sociedade complexa cujo sistema jurídico contém a proibição da denegação de justiça. Embora tenha sido formulado principalmente na Espanha e na Itália, o conceito tem origens teóricas mais remotas e geograficamente diversas. No Brasil, os teóricos mais citados por autores neoconstitucionalistas são, sem dúvida, Dworkin e Alexy.⁴²⁷ De Dworkin, costuma-se adotar notadamente a descrição da diferença entre regras e princípios jurídicos, vista como uma distinção lógica: enquanto as regras seriam aplicadas ao modo “tudo-ou-nada”, os princípios trariam uma dimensão de peso ou importância. Em caso de conflito entre duas regras, uma necessariamente não pode ser válida. Conflitos entre princípios, por sua vez, levariam à necessidade de considerar o peso relativo de cada um.⁴²⁸ Partindo de outros pressupostos teóricos,⁴²⁹ Alexy reconduz os princípios às normas jurídicas, definindo-os como “mandamentos de otimização” em face das possibilidades jurídicas e fáticas.⁴³⁰

⁴²⁷ Apesar de partirem de pressupostos teóricos diversos, esses autores costumam ser referidos concomitantemente. Ver, por todos, Luis Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos. *O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro* in José Adércio Leite Sampaio (Coord.) *Crise e desafios da Constituição* (2004), Belo Horizonte, Del Rey, 11. (“A mudança de paradigma nessa matéria deve especial tributo às concepções de Ronald Dworkin e aos desenvolvimentos a ela dados por Robert Alexy. A conjugação desses dois autores dominou a teoria jurídica e passou a constituir o conhecimento convencional da matéria”).

⁴²⁸ Cf. Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously* (1977, 1978), Massachusetts, Harvard University Press, 24-28 (observando, no entanto, que a diferença nem sempre é tão rígida, como dá conta a existência de termos como “exercício razoável” de um direito, que levam a que uma previsão funcione logicamente como regra e substancialmente como princípio). A parcialidade da incorporação do pensamento de Dworkin pela teoria constitucional brasileira é criticada por Ronaldo Porto Macedo Jr., para quem “a centralidade da tese ou do argumento em favor dos *princípios* e sua oposição ao conceito de *regras* não constitui um ponto essencial dentro do debate metodológico nem especialmente original de seu pensamento”. Ronaldo Porto Macedo Junior, *Do Xadrez à Cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea* (2013), São Paulo, Saraiva, 45.

⁴²⁹ Para Alexy, a argumentação jurídica é uma forma especial e “particularmente poderosa” da argumentação prática geral. Ver Robert Alexy, *Theorie der Juristischen Argumentation* (1983; 1991), Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 355.

⁴³⁰ Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte* (1986; 2006), tradução de Virgílio Afonso da Silva, *Teoria dos Direitos Fundamentais* (2008), São Paulo, Malheiros, 91 (divergindo de Dworkin precisamente por esse aspecto e por não distinguir entre ‘políticas’ e princípios em sentido estrito, bem como por entender

Incorporadas à doutrina constitucional brasileira, essas referências teóricas resultaram na identificação de colisões de normas constitucionais em casos que comportam, em tese, mais de uma solução possível e razoável.⁴³¹ Segundo Luís Roberto Barroso, algumas “considerações” seriam necessárias para assegurar, nessas situações, a legitimidade e racionalidade da interpretação: (i) a recondução ao sistema jurídico; (ii) a utilização de fundamento jurídico que possa ser generalizado e (iii) a consideração das consequências práticas da decisão no “mundo dos fatos”. Diante da insuficiência da subsunção, o método a ser utilizado seria o da *ponderação*; o *fundamento* de sua legitimidade, a prática argumentativa. Em formulação mais próxima à de Alexy, Virgílio Afonso da Silva descreve a ocorrência da colisão entre princípios como a “fixação de relações condicionadas de precedência”: um princípio prevalece sobre o outro apenas nas condições de determinado caso, numa relação sempre condicionada à situação concreta.⁴³²

A frequente utilização dos princípios e do método da ponderação, que não escapara de críticas em outros países,⁴³³ também seria censurada no Brasil. As críticas aqui formuladas apontaram para o fato de que as singularidades da cultura brasileira, notadamente o privatismo e o patrimonialismo, tenderiam a tornar perigosa a preferência

que as cláusulas de exceção introduzidas em virtude de princípios não são nem mesmo teoricamente enumeráveis [104]).

⁴³¹ Por isso chamados de “casos difíceis”, em definição que não abrange todas as implicações teóricas do conceito dworkiniano, especialmente a partir de “O Império do Direito”. Além dos desacordos morais razoáveis e das colisões de normas constitucionais ou de direitos fundamentais, a ambiguidade da linguagem é apresentada como uma das grandes situações geradoras de casos difíceis por Luís Roberto Barroso, *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo* (4ª ed. 2013), São Paulo, Saraiva, 335-336. Uma outra formulação dos “casos difíceis”, que não esclarece qual das concepções do conceito de “discricionariedade” adota, é apresentada em Luís Roberto Barroso; Ana Paula de Barcellos. *O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro* in José Adércio Leite Sampaio (Coord.) *Crise e desafios da Constituição* (2004), Belo Horizonte, Del Rey, 17. (“Do inglês *hard cases*, a expressão identifica situações para as quais não há uma formulação simples e objetiva a ser colhida no ordenamento, sendo necessária a atuação subjetiva do intérprete e a realização de escolhas, com eventual emprego de discricionariedade”).

⁴³² Ver Virgílio Afonso da Silva, *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia* (2009, 2ª ed. 2010), São Paulo, Malheiros, 50-51 (distinguindo também sopesamento e regra de proporcionalidade [178-179]).

⁴³³ Entre essas vozes críticas (que remontam à *Theorie der Rechtswissenschaft* de Rudolf Stammler) destaque-se, na Alemanha, as de Friedrich Müller, Ernst-Wolfgang Böckenforde (para quem a ponderação rebaixa a constituição a mero material de sopesamento do juiz) e Jürgen Habermas. Nos Estados Unidos, vale mencionar Charles Fried (*Two concepts of interest: some reflections on the Supreme Court's balancing test*, 1963) e Alexander Aleinikoff (*Constitutional law in the age of balancing*, 1987). Cf. Virgílio Afonso da Silva, *Ponderação e objetividade na interpretação constitucional*, in Ronaldo Porto Macedo Jr., Catarina Helena Cortada Barbieri (orgs.) *Direito e interpretação: racionalidades e instituições* (2011), São Paulo, Saraiva, 365 e Luis Fernando Shuartz, *Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem* in Ronaldo Porto Macedo Jr., Catarina Helena Cortada Barbieri (orgs.) *Direito e interpretação: racionalidades e instituições* (2011), São Paulo, Saraiva, 413-414, nota 26.

por princípios e pela ponderação.⁴³⁴ O resultado dessa tendência seria possivelmente o agravamento de nossas “patologias sociais” por uma “dogmática fluida” (na expressão de Gustavo Zagrebelsky) incapaz de controlar de modo satisfatório as decisões. Para usar uma imagem do tópico anterior, a “terceira margem” se dissolveria no rio, permitindo arbitrariedades e privilégios pouco republicanos. Partindo dos conceitos da teoria dos sistemas, seria possível falar em “superadequação social” pela banalização de modelos principiológicos, capaz de minar a consistência da ordem jurídica em favor de interesses particularistas.⁴³⁵

Como se vê, as críticas ao neoconstitucionalismo têm se dirigido, no Brasil, menos à valorização dos princípios e à ponderação por si mesmas do que às peculiaridades da incorporação brasileira desses elementos.⁴³⁶ Alega-se que, por aqui, o fenômeno não se teria feito acompanhar de um zelo maior com a fundamentação das decisões. Um conceito originalmente elaborado como forma de limitar a discricionariedade judicial seria, no debate brasileiro, mais comumente associado a um instrumento que permite ao juiz maior liberdade em relação ao direito positivo.⁴³⁷ Esse contexto tem permitido o surgimento de

⁴³⁴ Ver Daniel Sarmento, *O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades* in Marcelo Novelino (org.) *Direito Constitucional: teoria da Constituição* (2009), Salvador, Editora JusPodivm, 52-53 (a crítica, apoiada nos clássicos do pensamento social brasileiro, vem ao lado do apontamento do caráter anti-democrático do pendor judicialista implicado no neoconstitucionalismo, bem como do risco de “panconstitucionalização” em detrimento da autonomia pública do cidadão e da autonomia privada do indivíduo).

⁴³⁵ Assim em Marcelo Neves, *Entre Hidra e Hércules: Princípios e regras constitucionais* (2013), São Paulo, Martins Fontes, 192-193. O autor parte da distinção dos papéis exercidos por princípios (observações de segunda ordem em relação à decisão) e regras (observações de primeira ordem em relação à decisão) no processo de concretização normativa. Enquanto os primeiros serviriam à transformação da complexidade desestruturada do sistema jurídico em complexidade estruturável, as últimas converteriam a complexidade estruturável em complexidade juridicamente estruturada. Uma argumentação orientada primariamente por regras favoreceria a autorreferência, ao passo que a orientada primariamente por princípios seria uma argumentação substancial, na qual o sistema pratica heterorreferência. A combinação das duas posturas é apresentada como importante para o funcionamento do sistema jurídico na sociedade complexa – a invocação retórica dos princípios como panacéia, ao contrário, poderia levar à erosão da força normativa da Constituição.

⁴³⁶ Um exemplo de crítica brasileira que se dirige ao modo como autores estrangeiros apresentaram a distinção entre regras e princípios é a apresentada por Humberto Ávila, *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos* (2003, 15ª ed. 2014), São Paulo, Malheiros, 73-87 (estendendo a ponderação também à aplicação de regras, embora ressalte que se trata de ponderação de outro tipo: enquanto os princípios pretendem contribuir, ao lado de outras razões, para a tomada de decisão, as regras teriam a aspiração de gerar uma solução específica para o conflito de razões).

⁴³⁷ Ver Cláudio Michelon, *Princípios e coerência na argumentação jurídica* in Ronaldo Porto Macedo Jr., Catarina Helena Cortada Barbieri (orgs.) *Direito e interpretação: racionalidades e instituições* (2011), São Paulo, Saraiva, 261 (apontando que, na América Latina, os princípios foram recebidos menos como uma reação à crítica realista ao formalismo que como uma reação ao próprio formalismo – no caso do Brasil, uma segunda geração dessa reação que se segue ao “direito alternativo”).

críticas bastante provocativas⁴³⁸ e, de uma maneira geral, o aparecimento de reações exageradas aos exageros do neoconstitucionalismo.

O problema principal do neoconstitucionalismo brasileiro não está na citação seletiva de autores estrangeiros ou na tentativa de importação (nem sempre consciente) de outras experiências jurisdicionais. Se a utilização incompleta da teoria dworkiniana, para ficar em um exemplo, acende o alarme da sua imprópria utilização como argumento de autoridade, por outro lado pode revelar os limites da teoria no que se refere à orientação de decisões judiciais. Dificilmente uma teoria jurídica, nos termos apresentados no primeiro capítulo, pode servir de programa a uma decisão específica (e isso fica particularmente claro diante das notórias deficiências enfrentadas pelo Judiciário brasileiro).⁴³⁹ No mesmo sentido, a reprodução de experiências estrangeiras na argumentação jurídica nacional, embora sugira uma censurável importação acrítica, tem servido a assimetizações (por meio de referência a fundamentos ou razões) necessárias para a tomada de decisões em todos os casos, como requer a proibição da denegação de justiça. Nesse sentido, o neoconstitucionalismo tem tido o mérito de viabilizar decisões nas condições de uma sociedade complexa, sem perder totalmente o lastro no sistema jurídico. Isso não faz dele, porém, uma prática menos *arriscada*.

⁴³⁸ Por exemplo, a apresentada em Carlos Ari Vieira Sundfeld, *Princípio é preguiça?* in Ronaldo Porto Macedo Jr., Catarina Helena Cortada Barbieri (orgs.) *Direito e interpretação: racionalidades e instituições* (2011), São Paulo, Saraiva (descrevendo os princípios como “textos que somos levados a entender como normativos, mas cujo conteúdo, de tão escasso, não nos revela a norma que supostamente contêm”, sem deixar de perceber que as indeterminações normativas são necessárias aos “jogos de poder” existentes na sociedade, uma vez que envolvem um adiantamento pragmático de decisões difíceis). Apontando para fenômeno semelhante também no chamado direito privado, Ronaldo Porto Macedo, *Interpretação da boa-fé nos contratos brasileiros: os princípios jurídicos em uma abordagem relacional (contra a euforia principiológica)*, in Ronaldo Porto Macedo Jr., Catarina Helena Cortada Barbieri (orgs.) *Direito e interpretação: racionalidades e instituições* (2011), São Paulo, Saraiva, 316 (tratando da “farra principiológica” decorrente da utilização do conceito da boa-fé no Brasil).

⁴³⁹ Se Luhmann duvidava da capacidade dos juízes de lerem Tomás de Aquino após um dia intenso de trabalho, Sarmento ressalta a sobrecarga que “compromete a capacidade dos magistrados de dedicarem a cada processo o tempo e a energia necessárias para que façam tudo o que demandam as principais teorias da argumentação defendidas pelo neoconstitucionalismo”. Daniel Sarmento, *O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades* in Marcelo Novelino (org.) *Direito Constitucional: teoria da Constituição* (2009), Salvador, Editora JusPodivm, 57. Para uma lista mais ampla dessas dificuldades, ver Luis Fernando Shuartz, *Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem* in Ronaldo Porto Macedo Jr., Catarina Helena Cortada Barbieri (orgs.) *Direito e interpretação: racionalidades e instituições* (2011), São Paulo, Saraiva, 390-391 (sugerindo que os obstáculos no Brasil seriam de natureza estrutural). Precisamente por conta de dificuldades desse tipo, Dworkin defende a utilidade teórica de seu Hércules em Ronald Dworkin, *Law's Empire* (1986), Massachusetts, Harvard University Press, 265 (“he does what they would do if they had a career to devote to a single decision; they need, not a different conception of law from his, but skills of craft husbandry and efficiency he has never had to cultivate”).

Os neoconstitucionalistas tentam responder à questão de *como* os textos devem ser interpretados. Procuram cumprir, dessa forma, um papel para a argumentação jurídica. Ocorre que as respostas apresentadas não parecem capazes de substituir a dogmática na tarefa de controle das decisões jurídicas. O ponto central é que a dogmática jurídica, no Brasil, não conseguiu consolidar uma distinção precisa entre casos fáceis e casos difíceis, tendendo a solapar o esquema regra/exceção e a colocar em seu lugar um “cavalo de Tróia”.⁴⁴⁰ Apesar das tentativas, não se gerou a redundância necessária para evitar que a possibilidade de utilização dos princípios e do método de ponderação se alastrasse para praticamente todos os casos (e não apenas no Judiciário).⁴⁴¹ O imperialismo principiológico coloca em risco a justiça do sistema, a produção de *eigenvalues* e, em última instância, a própria autopoiese do direito. Esses riscos não são, contudo, uma idiossincrasia brasileira. Ao contrário, a ausência ou insuficiência dessa construção jurídica adicional (a distinção “casos difíceis/casos fáceis”), uma metarregra cuja existência depende (como sempre!) de sua reprodução a cada caso, torna evidente uma característica do sistema jurídico: o trato com o paradoxo da decisão. No Brasil, o retorno do paradoxo na forma de casos que não podem ser decididos, que deveria se tornar mais visível apenas quando ausente um programa condicional apropriado, se torna angustiosamente mais frequente com a mudança de paradigma.⁴⁴²

Dessa perspectiva, o fato de terem sido as teorias principiológicas desenvolvidas para possibilitar o controle das decisões e, no Brasil, adaptadas para conferir maior liberdade ao intérprete, não está dissociado do fato de que o sistema precisa tanto da criação incerteza quanto da sua restrição a limites compatíveis com o sistema. A distinção “conforme aos princípios/desconforme aos princípios” pode ser vista como um “subproduto” da proibição da denegação de justiça, mas em um sentido específico: não se trata de dizer que a argumentação é obrigada a *produzir* uma decisão em todos os casos,

⁴⁴⁰ Essa é a metáfora utilizada por Luhmann para tratar da “ponderação dos interesses”, simbolizando ao mesmo tempo a contribuição imediata à tomada de decisões oferecida pela ponderação, e os riscos que esse método apresenta ao sistema jurídico. Niklas Luhmann. *Das Recht der Gesellschaft* (1993). Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 268.

⁴⁴¹ No âmbito do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, é possível exemplificar com o Processo Administrativo nº 08012.002673/2007-51 (envolvendo a Associação Nacional dos Fabricantes de Autopeças – Anfape e montadoras de veículos).

⁴⁴² Note-se a curiosa inversão que essa mudança opera. Embora supostamente mais permeáveis à complexidade do ambiente, os princípios passam a se apresentar como o “centro” do sistema jurídico. Assim em Luís Roberto Barroso, *Novos paradigmas e categorias da interpretação constitucional*, in Marcelo Novelino (org.) *Direito Constitucional: teoria da Constituição* (2009), Salvador, Editora JusPodivm, 150.

mas antes que a necessidade de decidir todos os casos permite que a decisão *se valha* de abstrações que se apresentam como capazes de conciliar variação e redundância.⁴⁴³ Assim, mesmo nos casos em que se argumenta com base em regras, a argumentação pode desenvolver uma fundamentação principiológica remota. Tudo isso só é possível porque o direito sempre decide, e decide sempre como direito. A referência a princípios não é, contudo, o único subproduto da proibição.

Também se costuma associar ao neoconstitucionalismo à consideração das consequências práticas da decisão – o “consequencialismo jurídico” no sentido amplo utilizado por Luís Fernando Schuartz⁴⁴⁴ – sem que se explique por que bons argumentos não poderiam levar a resultados ruins. No Brasil, essa atitude estaria associada a uma certa resistência à adoção de decisões determinadas pela simples aplicação das regras jurídicas: no caso do constitucionalismo brasileiro, especialmente as posturas do consequencialismo “militante” e do consequencialismo “malandro”.⁴⁴⁵ A suspeita que ambos despertam, ao rejeitar regras jurídicas e por em risco a “segurança jurídica” e o “Estado de Direito”, parece mais uma vez decorrer da ausência de uma construção dogmática satisfatória a respeito da diferença casos difíceis/casos fáceis. A dogmática jurídica bem feita sempre

⁴⁴³ Em atenção ao papel da incerteza para o procedimento e a proibição da denegação de justiça, vale substituir o “embora” pelo “uma vez que” na afirmação, afora isso, esclarecedora de Marcelo Neves: “*Embora* o direito esteja orientado para determinar, em última instância, se algo é lícito (conforme ao direito) ou ilícito (não conforme ao direito), antes que se chegue a uma resposta sobre essa questão desenvolve-se, em cada caso (exceto na mera observância cotidiana ou na pura aplicação rotineira), uma cadeia ou rede complexa de argumentos que se articulam com base nos mais diversos critérios invocados para a solução da controvérsia jurídica” Marcelo Neves, *Entre Hidra e Hércules: Princípios e regras constitucionais* (2013), São Paulo, Martins Fontes, 88.

⁴⁴⁴ A saber, “qualquer programa teórico que se proponha a condicionar, ou qualquer atitude que condicione explícita ou implicitamente a adequação *jurídica* de uma determinada decisão judicante à *valoração das consequências* associadas a ele e às suas alternativas”. Luis Fernando Shuartz, *Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem* in Ronaldo Porto Macedo Jr., Catarina Helena Cortada Barbieri (orgs.) *Direito e interpretação: racionalidades e instituições* (2011), São Paulo, Saraiva, 383-384. O recurso às “necessidades práticas” como critério de escolha entre interpretações possíveis já pode ser encontrado em Karl von Savigny, *System des heutigen romischen Rechts* (1849), tradução de Jacinto Mesía e Manuel Poley, *Sistema del derecho romano actual* (1878), Tomo I, Madrid, F. Góngora y Compañía Editores, 159.

⁴⁴⁵ Enquanto o consequencialismo *festivo* representa “uma apropriação superficial e seletiva da literatura norte-americana de análise do direito”, o *militante* se encanta com a “aplicação direta de princípios constitucionais e a ponderação de interesses” e o *malandro* cria “*novas figuras dogmáticas* que permitam resolver um caso no sentido desejado e *contrariamente* à maneira até então predominante de solução jurídica de casos semelhantes” Luis Fernando Shuartz, *Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem* in Ronaldo Porto Macedo Jr., Catarina Helena Cortada Barbieri (orgs.) *Direito e interpretação: racionalidades e instituições* (2011), São Paulo, Saraiva, 410-415 (referindo-se à malandragem de sucesso como a “legalização silenciosa de um estado de exceção”). A referência a um estado de exceção silencioso ecoa a previsão de Hegel de que a revolução se tornaria a situação normal da sociedade burguesa. Nesse sentido, Ávila fala em *Estado Principiológico* em Humberto Ávila, *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos* (2003, 15ª ed. 2014), São Paulo, Malheiros, 43.

soube realizar essa função de reconstrução do direito sem que por isso fosse acusada de “malandra”, mesmo que cumprisse esse papel “não de modo aberto, mas de modo encoberto”.⁴⁴⁶ Para o observador da teoria dos sistemas, o que o consequencialismo militante “exibe orgulhosamente” e o consequencialismo malandro parece querer *ocultar* não são os “verdadeiros fatores” que levam às decisões, mas antes o paradoxo que está por trás de todas elas. Diante do paradoxo, o direito “foge para frente”.

Não só o consequencialismo e a dogmática têm algo em comum (o desdobramento do paradoxo) como é também possível que eles se beneficiem mutuamente. A questão nos remete ao debate enfrentado por Luhmann em 1974. Não se trata de substituir as decisões por “previsões de resultado”, exigindo dos cidadãos que “prevejam previsões” (como na leitura do realismo jurídico) ou de isolar, dogmaticamente, alguns aspectos do presente do futuro com a ambição de controlar as consequências das decisões jurídicas. Permitir que o futuro orientasse as decisões significaria, a um só tempo, evitar a possibilidade de refutação – já que o futuro é desconhecido tanto do magistrado quando das partes – e colocar em risco a segurança das expectativas e a igualdade no tratamento.⁴⁴⁷ O que a avaliação das consequências pode oferecer não é uma orientação para qualquer operador do direito, como denotam algumas proposições do neoconstitucionalismo, mas um “corretivo” da elevada abstração da dogmática jurídica. Assim, os efeitos podem funcionar como “sinal de alarme” capaz de autorizar a exceção a determinadas regras ou ser utilizados no contexto da internalização da interdependência (em lugar do controle das

⁴⁴⁶ Ver Carlos Santiago Nino, *Introducción al análisis del derecho* (1980), tradução de Elza Maria Gasparotto, *Introdução à análise do direito* (2010, 2ª tiragem 2013), São Paulo, Martins Fontes, 384.

⁴⁴⁷ Ver Niklas Luhmann, *Die Funktion des Rechts: Erwartungssicherung oder Verhaltensteuerung?* (1974) in *Ausdifferenzierung des Rechts* (1999), Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 76-77 (“Wenn aber im Zweifelsfalle Folgen das einzige Rechtskriterium sind, dann entscheidet über Recht und Unrecht wiederum die Zukunft – eine Zukunft, die wir nicht kennen, sondern nur gestalten können”), Niklas Luhmann, *Funktionale Methode und juristische Entscheidung* (1969) in *Ausdifferenzierung des Rechts* (1999), Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 274-280 e Niklas Luhmann, *Ausdifferenzierung des Rechtssystems* (1976) in *Ausdifferenzierung des Rechts* (1999), Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 44-52 (acrescentando os riscos de social engineering e da dissolução dos fundamentos das decisões individuais, com a politização e a desconfiança perante elas). Ver também Niklas Luhmann, *Rechtssystem und Rechtsdogmatik* (1974). Stuttgart, Kohlhammer Urban-Taschenbücher, 382 (afirmando que, no terreno das consequências externas ao sistema jurídico, os juízes “esquiam no gelo”: do ponto de vista das ciências empíricas, a orientação por consequências não passaria de “imaginação com efeitos jurídicos”). Não obstante, alguns anos depois Luhmann iria reconhecer esse tipo de assimetria como “atualmente indispensável” para os juristas (fazendo com que para esses o décimo segundo camelo, mais uma vez, fosse necessário). Ver Niklas Luhmann, *Die Rückgabe des zwölften Kamels* (1985; publicado em 2000) tradução de Dalmir Lopes Jr. *A restituição do décimo segundo camelo: do sentido de uma análise sociológica do direito* in Niklas Luhmann: *Do sistema social à sociologia jurídica* (2004), Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 72-73.

consequências).⁴⁴⁸ Em vez de tentar controlar as operações do sistema econômico, por exemplo, o direito pode construir critérios especificamente jurídicos a respeito da possibilidade de ocorrência de efeitos anticompetitivos. Os resultados das construções jurídicas interessam menos como dados empíricos que como uma expressão da capacidade do direito de julgar a si mesmo.⁴⁴⁹

Depreende-se dessas observações que o caso brasileiro da sociedade facilita análises que podem ter pertinência universal. A discussão entre neoconstitucionalistas e seus críticos positivistas, por exemplo, ao partir da diferença entre princípios e fontes do direito, aponta para duas teorias reflexivas do sistema jurídico moderno: a teoria da razão e a teoria do direito positivo.⁴⁵⁰ A primeira não consegue apresentar uma *razão* para a validade da decisão no caso de princípios conflitantes: a razão é imponderável, não tem peso e não pode ser “sopesada”. A razão é a razão de si mesma. A segunda teoria deixa de apresentar uma justificativa última convincente (para além de normas fundamentais e regras de reconhecimento) que possa descrever o que é considerado direito válido. A ideia da validade como um símbolo que circula no sistema não é uma autodescrição justificadora do sistema jurídico, mas uma descrição externa. Internamente, o desenvolvimento da diferença *razão/argumento* leva a uma ampliação do conceito de fonte de direito, que passa a se referir não só ao que é válido, mas também o que é *razoável*.

E o que é *razoável* supostamente se define na *prática*. A prevalência dos princípios procedimentais aparece como um reflexo da substituição dos princípios do direito natural pelos paradoxos do sistema jurídico moderno:⁴⁵¹ os princípios “escondem” as modificações do sistema e “fingem” haver unidade onde as regras se modificam com o tempo. Mas a esperança de que a razão prevaleça a partir do cumprimento de certas condições procedimentais é uma ficção jurídica. O sistema não pode garantir um estado racional. Isso não faz da argumentação jurídica com base em princípios uma mera “máscara” para

⁴⁴⁸ Assim em Niklas Luhmann. *Rechtssystem und Rechtsdogmatik* (1974). Stuttgart, Kohlhammer Urban-Taschenbücher, 34-49.

⁴⁴⁹ Cf. Niklas Luhmann. *Das Recht der Gesellschaft* (1993). Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 19 (o que não nega a importância, já antes ressaltada, dos dados empíricos *para* as construções jurídicas).

⁴⁵⁰ Ver Niklas Luhmann. *Das Recht der Gesellschaft* (1993). Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 529.

⁴⁵¹ Nesse sentido, ver Robert Alexy, *Theorie der Juristischen Argumentation* (1983; 1991), Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 36 (indicando que a tarefa da teoria do discurso seria criar normas que, pela escassez de conteúdo normativo, permitam a aceitação por indivíduos com opiniões normativas bastante distintas, sem que a discussão com base nessas opiniões deixe de ser qualificada como ‘racional’).

ocultar estruturas de poder. Ela está inserida no contexto comunicativo de produção de circularidades distintas que se referem (mas não se reduzem) entre si: as cadeias de argumentação e as cadeias de decisão. A indeterminação produzida na relação entre redundância e variação (primeiro círculo) pode então ser resolvida através de decisões que simbolizam a transferência de validade (segundo círculo). Com a proibição da denegação de justiça, uma decisão está garantida mesmo que a instrução se conclua por um *non liquet* e ainda que a argumentação não apresente um resultado seguro.⁴⁵²

O vácuo deixado pelo ímpeto neoconstitucionalista aponta para um risco nem sempre explorado: o de um novo tratamento a ser dado aos princípios. Na democracia constitucional, a argumentação com base em princípios tentou ocupar um lugar que no Estado pré-constitucional era ocupado pela dogmática jurídica. De um lado, com base na referência à constituição, o direito se abriria aos valores.⁴⁵³ De outro lado, a ponderação não eliminaria a subsunção: os princípios seriam concretizados em fórmulas condicionais. Eles se localizariam, então, no espaço entre os *valores* e as *regras*. Ocorre que os princípios, em si mesmos, não têm conteúdo: a circularidade da argumentação sempre se refere a algo que está “fora”. Como dar então um *fundamento racional* aos valores? Como *justificar* interpretações contrapostas possibilitadas por ordenamentos jurídicos heterogêneos? A resposta usual, que apresenta como *fundamento* a “prática *argumentativa*”, pode sugerir que o sentido da argumentação por princípios a partir da constituição seria levar o direito a *dizer a verdade*.⁴⁵⁴ Estaríamos então fadados a retornar ao primeiro capítulo deste trabalho. Ocorre que, do lugar de onde observamos, é possível

⁴⁵² Ver Gunther Teubner, *As Múltiplas Alianças do Direito: Sobre a Mais-Valia Social do Décimo Segundo Camelo* (2001), tradução de Dalmir Lopes Jr. in *Niklas Luhmann: Do sistema social à sociologia jurídica* (2004), Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 117.

⁴⁵³ O recurso à moral na dogmática constitucional parece sinalizar a tentativa de recorrer, diante da incerteza, sempre a uma instância mais elevada. Como na representação hierárquica do sistema jurídico essa posição caberia à Constituição, restar-lhe-ia apelar a uma instância extrajurídica. Embora a construção “são invioláveis” aponte para uma distinção do próprio sistema (direito constitucional x direito ordinário), aqui a moral aparece não apenas como conteúdo das normas mas também como regra de fechamento de um horizonte de argumentação jurídica que, de outra maneira, permaneceria aberto. Niklas Luhmann. *Das Recht der Gesellschaft* (1993). Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 474 e nota 79.

⁴⁵⁴ Assim em Raffaele de Giorgi, *Argomentazione giuridica a partire dalla Costituzione* (2014), texto preparado para o Seminário “Teoria da Decisão Judicial”, organizado pelo Conselho de Justiça Federal em Brasília (gentilmente cedido pelo autor). Sobre a diferença entre fundamentação e argumentação, em uma tentativa de superar a controvérsia entre a teoria do crescimento (Popper) e a teoria da fundamentação (Habermas e Apel), ver Niklas Luhmann, *Die Wissenschaft der Gesellschaft* (1992), Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 444 (vendo na “fundamentação”, como tentativa de fundar o conhecimento na razão, uma representação hierárquica, e na “argumentação”, que enxerga em cada momento do conhecimento a oportunidade do surgimento de outro conhecimento, um pensamento circular).

ver outros caminhos. Não é preciso, para a teoria dos sistemas, *justificar* os princípios. Em vez disso, a teoria observa a argumentação como uma técnica por meio da qual se decide quais decisões distinguir, isto é, por meio da qual o paradoxo da decisão indecidível se desdobra em diferenças que discriminam, excluem, condensam – e podem se transformar em princípios jurídicos.

b. Uma questão latente: é correto existir resposta?

Já tivemos a oportunidade de observar certa tendência de enfraquecimento das expectativas normativas sobre expectativas normativas no sistema jurídico. A mudança de paradigma analisada na subseção anterior não está dissociada dessa observação. A centralidade dada pela argumentação jurídica a princípios sem conteúdo e à justificação por consequências tende a apresentar o sistema jurídico – em evidente tensão com a proibição da denegação de justiça – como um sistema que possui respostas *provavelmente* corretas apenas para boa *parte* dos casos. Que uma constatação como essa não tenha sido capaz de frear o neoconstitucionalismo é indício de mudança do espírito do tempo. Talvez já não se espere tão firmemente do direito que as expectativas generalizadas de modo congruente sejam garantidas independentemente de elementos que possam apontar razões em sentido contrário. Se isso for verdade, torna-se ainda mais contraintuitiva a tese de que uma “resposta correta” é possível para todos os casos, inclusive os mais complexos.⁴⁵⁵

Diante desse fato, alguns neoconstitucionalistas preferiram adotar postura mais “humilde” em relação à célebre e polêmica afirmação de Dworkin e entenderam que talvez não seja possível falar em *uma* decisão correta, mas em *decisões* capazes de apresentar uma fundamentação racional consistente.⁴⁵⁶ Como já se observou,⁴⁵⁷ entretanto, a “redução ao razoável” operada por essa versão *soft* da postulação dworkiniana é contrária às intenções teóricas mais fortes do autor, notadamente as de apresentar uma concepção própria a respeito dos conceitos de *certeza* e de *objetividade*. Para o filósofo norte-

⁴⁵⁵ Cf. Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously* (1977, 1978), Massachusetts, Harvard University Press, 279.

⁴⁵⁶ Ver, por todos, Luis Roberto Barroso; Ana Paula de Barcellos. *O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro* in José Adércio Leite Sampaio (Coord.) *Crise e desafios da Constituição* (2004), Belo Horizonte, Del Rey, 23.

⁴⁵⁷ Cf. Ronaldo Porto Macedo Junior, *Do Xadrez à Cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea* (2013), São Paulo, Saraiva, 47.

americano, a visão segundo a qual não existem respostas certas, mas apenas caminhos diferentes para decidir casos difíceis engendra sério equívoco filosófico.⁴⁵⁸ Do ponto de vista da teoria dos sistemas, a insistência nessa afirmação contraintuitiva é especialmente reveladora acerca do alcance e dos limites da teoria de Dworkin.

Em um texto de intervenção específica no debate,⁴⁵⁹ Dworkin nega que a indeterminação dos termos legais responda a pergunta sobre a existência de uma resposta correta. A indeterminação seria apenas um fato a ser levado em conta no enfrentamento de uma questão mais abrangente. Quando os termos utilizados pelo texto legal interpretado admitem diferentes interpretações, a pergunta a ser feita é: qual delas melhor encaminha o conjunto de princípios e políticas que fornece a melhor justificação política para o estatuto no momento em que foi aprovado?⁴⁶⁰ Há, para o autor, duas dimensões que devem ser consideradas na avaliação de qual teoria oferece a melhor justificativa a respeito dos materiais jurídicos disponíveis: a dimensão da *adequação*, que avalia o quanto a teoria mobiliza do material jurídico estabelecido; e a dimensão da *moralidade política*, a qual supõe que uma das justificativas igualmente adequadas é superior se assim o for do ponto de vista da teoria moral ou política. Os casos em que há duas justificativas igualmente adequadas (casos de “*tie*”) seriam, contudo, extremamente raros.⁴⁶¹ Seu surgimento depende de que muitos operadores do direito concordem que nenhuma das teorias oferece uma melhor adequação. Da perspectiva adotada nesse trabalho, cabe perguntar se o fato de o sistema jurídico estabelecer a proibição da denegação de justiça não contribui de alguma forma para que esses casos não apareçam com tanta frequência.

Das diversas concepções de *discrecionariade* analisadas em “Levando os direitos a sério”, nenhuma equivale à *arbitrariedade* no sentido do paradoxo constitutivo da política (poder decidir não decidir).⁴⁶² A construção dworkiniana não faz, porém, qualquer

⁴⁵⁸ Assim em Ronald Dworkin, *Law's Empire* (1986), Massachusetts, Harvard University Press, 412.

⁴⁵⁹ Ronald Dworkin, *No Right Answer?* (1978) New York University, Law Review, Volume 53, Number 1.

⁴⁶⁰ Ver Ronald Dworkin, *No Right Answer?* (1978) New York University, Law Review, Volume 53, Number 1, 13.

⁴⁶¹ Ronald Dworkin, *No Right Answer?* (1978) New York University, Law Review, Volume 53, Number 1, 30 (ao menos no sistema anglo-saxônico mais familiar ao autor). Cf. também Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously* (1977, 1978), Massachusetts, Harvard University Press, 286.

⁴⁶² Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously* (1977, 1978), Massachusetts, Harvard University Press, 70. (“But even when they [the judges] are divided on principles they sometimes treat the issue as one of *judicial responsibility*, that is, as one that raises the question of *what, as judges, they have a duty to do*”).

referência expressa à proibição da denegação de justiça (ainda que diversas passagens sugiram o comprometimento com essa proibição).⁴⁶³ Seu argumento percorre outro caminho, defendendo que a afirmação da existência de respostas corretas não equivale a assegurar que essa correção possa ser *provada* de forma a satisfazer a todos.⁴⁶⁴ A resposta correta não pode ser *demonstrada*. Nem por isso os juízes que discutem nos casos difíceis estão apenas perdendo tempo, “enganando” a população leiga ou discutindo questões marginais. Não é preciso, para a tese da existência de resposta correta, que os operadores do direito compartilhem critérios fáticos sobre os fundamentos do direito (a não ser para aqueles que, como São Tomé, precisem ver para crer).⁴⁶⁵ Afirmar a objetividade de uma proposição significa apenas reconhecer a sua justificação pelos melhores argumentos, de acordo com práticas socialmente compartilhadas. E o conceito de “melhor argumento” é igualmente interpretativo, assim como o conceito de “interpretação”. Fica claro que, ao seu modo, Dworkin também aceita o *beijo da mulher aranha*.⁴⁶⁶

Ao desenvolver sua teoria da interpretação, o autor de “O império do direito” observa que a versão *construtiva* impõe um propósito a um objeto ou prática (esta não se confundindo com atos e pensamentos individuais) de modo a torná-lo(a) o melhor exemplo possível da forma ou gênero de que faz parte. A interpretação torna, portanto, o objeto ou prática o “melhor que pode ser”.⁴⁶⁷ No caso do direito, proposições jurídicas são “verdadeiras” se decorrem dos princípios que fornecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade. Superada a questão da adequação, o juiz “*must decide*

⁴⁶³ Há diversas passagens que permitem inferir o compromisso: por exemplo, quando são listadas as possibilidades dos juízes diante de uma decisão difícil e se deixa de citar o *non liquet* (apesar de reconhecer a postura de indecisão de alguns deles diante dos casos difíceis); quando são apresentados os diversos sentidos de discricionariedade e não se formula a possibilidade de decidir entre decidir e não decidir (a arbitrariedade no sentido político, como vimos); quando se defende não haver razões para acreditar que outro grupo social esteja melhor equipado para argumentos morais (ou situando essa questão como um problema do processo seletivo de juízes) e também quando se argumenta que a ausência de decisão (por alguma das instituições) representa “anarquia”. Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously* (1977, 1978), Massachusetts, Harvard University Press, 70-71, 186 e 129-130. Por fim, ao afirmar-se que o livro adota “o ponto de vista interno, do participante” e que o juiz “precisa” decidir qual das interpretações apresenta o direito em sua melhor possibilidade sob a perspectiva de uma moralidade política substantiva. Ronald Dworkin, *Law’s Empire* (1986), Massachusetts, Harvard University Press, 14 e 248.

⁴⁶⁴ Cf. Ronald Dworkin, *Law’s Empire* (1986), Massachusetts, Harvard University Press, ix.

⁴⁶⁵ Ver Rudolf von Jhering, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung* (1883) tradução, a partir da versão espanhola reduzida, de José Ignacio Coelho Mendes Neto, *A dogmática jurídica* (2013) São Paulo, Ícone, 34.

⁴⁶⁶ Confrontar com a segunda seção do primeiro capítulo. Para uma distinta – e mais ambiciosa – observação sistêmica da teoria de Dworkin, cf. Richard Nobles; David Schiff, *A sociology of jurisprudence* (2006), Oregon, Hart publishing, 91-125.

⁴⁶⁷ Ronald Dworkin, *Law’s Empire* (1986), Massachusetts, Harvard University Press, 64.

which interpretation shows the legal record to be the best it can be from the standpoint of substantive political morality".⁴⁶⁸ Note-se que Dworkin não evita a menção ao “deve decidir” antes do recurso à “moralidade política substantiva” – isto é, às convicções de Hércules a respeito tanto da “*justice*” (abstrata) quanto da “*fairness*” (convicções morais da comunidade). Mas assim como a decisão salomônica só é “justa” sob a condição de apenas uma das mulheres amar a criança, a resposta “correta” só pode ser encontrada nos limites de um sistema que opera com o código lícito *ou* ilícito e que se obriga (“*must decide*”!) a decidir dessa forma. Ao negar uma posição *ex ante* de que não há resposta correta, Dworkin embarca em uma prática argumentativa que, por sua vez, pressupõe que essa resposta exista. No sistema jurídico, essa “pressuposição” atende pelo nome de uma regra que é construída de modo contingente: a proibição da denegação de justiça.

A discussão poderia ser desdobrada em níveis distintos. Dworkin percebe isso e trabalha com as categorias de “cético externo” e “cético interno”. Um “cético externo” poderia observar que muitas vezes não há critérios para determinar se uma proposição jurídica é verdadeira ou falsa. As respostas de Dworkin para esse tipo de postura são duas, nenhuma delas de caráter ameno: o ceticismo externo seria ou irrelevante ou incoerente. A afirmação de que, para além da prática interpretativa, não haveria critérios que assegurem a correção da resposta é tomada como uma “dança inútil” antes do engajamento em uma posição interna. Caso ultrapassasse a introdução e, uma vez engajado na interpretação, o suposto cético defendesse uma posição específica, incorreria em contradição performática.⁴⁶⁹ Um “cético interno”, por sua vez, ao defender que certas razões não podem ser melhores que outras sustenta posição não garantida, quer dizer, equivocada. Mesmo que se pudesse conceber que esse ceticismo estivesse correto, *faria sentido* continuar argumentando pela resposta certa, uma vez que não há como ter certeza de que essa não exista.

Como reconhece o filósofo, a posição do cético externo é de “segunda ordem”.⁴⁷⁰ Mas sua descrição deixa de captar que o observador nesse nível pode ser um sistema comunicativo que, como tal, não incorre em “contradição” caso um mesmo sistema biopsíquico sirva de acoplamento estrutural para comunicações que assumam também uma

⁴⁶⁸ Ronald Dworkin, *Law's Empire* (1986), Massachusetts, Harvard University Press, 248.

⁴⁶⁹ Cf. Ronald Dworkin, *Law's Empire* (1986), Massachusetts, Harvard University Press, 86.

⁴⁷⁰ Ronald Dworkin, *Law's Empire* (1986), Massachusetts, Harvard University Press, 79.

posição *engajada*. Caso uma mesma consciência acople comunicações da teoria dos sistemas e do sistema jurídico, por exemplo, nada impede que essas comunicações ora observem, livres das amarras do direito, a artificialidade dos “fundamentos” utilizados nas comunicações jurídicas, e ora se valham desses mesmos fundamentos para sustentar uma posição.⁴⁷¹ A liberdade e o risco da sociedade funcionalmente diferenciada consistem em que os indivíduos, dela excluídos, não precisam construir uma “personalidade” apenas com base em um sistema. A “dança preliminar” do cético externo, ao observar a ausência de suporte que torne um argumento melhor que o outro, pode não ser tão inútil se nos ajuda a manter um olhar sempre “alerta com sua capacidade de observação do mundo”.⁴⁷²

O ceticismo interno como observação de primeira ordem pode representar, por outro lado, um risco aos sistemas jurídicos que não prevejam critérios para a resolução de casos nos quais uma “resposta certa” deixe de ser encontrada. Ao deixar de oferecer uma resposta para casos em que há mais de uma interpretação razoável, o sistema jurídico permite que o cético interno desafie a proibição da denegação de justiça. Mas os ordenamentos jurídicos procuram evitar que esse tipo de posição transcenda a especulação teórica e chegue a obstaculizar uma decisão. A “redução ao razoável” operada pelo neoconstitucionalismo brasileiro não tem impedido que o juiz neoconstitucionalista decida casos difíceis (e pelo menos desde Kelsen, os juízes não tem tido problema em decidir dentro ou fora da moldura). A proibição da denegação de justiça é uma construção presente no sistema jurídico moderno, ainda quando não explicitamente; e a argumentação jurídica, um de seus subprodutos.

Desde o nível de observação da teoria dos sistemas, é possível afirmar que não existem bons argumentos que possam mostrar que maus argumentos são maus argumentos. A argumentação não consegue garantir, mesmo se aplicada pela mente mais aguda, que uma determinada solução sempre passará o teste como claramente a melhor, levando à única solução correta. Não há decisão que garanta a decidibilidade de quaisquer problemas

⁴⁷¹ Em sentido semelhante, Niklas Luhmann, in Peter Geste, Heidi Paris und Martin Weinmann *Niklas Luhmann: Short Cuts* (2000, 2ª ed. 2002), Frankfurt am Main, Postfach, 22. Em um trabalho recente, Dworkin diferencia “direito em sentido doutrinal” e o “direito no sentido sociológico” Ronald Dworkin, *Justice in Robes* (2006), Cambridge, Harvard University Press, 1-35 (sem deixar de apontar que o conceito “doutrinal” é um dos limites do conceito “sociológico”).

⁴⁷² Celso Campilongo, *Interpretação do direito e movimentos sociais* (2011), São Paulo, Elsevier, 176.

jurídicos⁴⁷³ e um sistema que pretende garantir a decidibilidade de todos os problemas não pode, ao mesmo tempo, assegurar que eles serão resolvidos de forma “correta”.⁴⁷⁴ É verdade que só *é possível* afirmar tudo isso porque aqui o camelo *é* e *não é* necessário. O mesmo não se pode dizer das teorias do direito *no* direito. Assim como a matemática faz uso do zero para indicar o vazio do sistema que permite o seu fechamento, teorias do direito podem olhar para o vazio do direito e construir princípios, argumentos e razões. Construções como a de Dworkin têm, portanto, um alcance importante. A prática jurídica pressupõe a possibilidade de resposta para as principais questões do sistema: é preciso descrever a unidade do direito de forma que a procura por uma resposta faça sentido.⁴⁷⁵ Toda comunicação do sistema deve ser descrita como sendo capaz de levar a uma decisão, mesmo que dessa decisão esteja baseada em “boas razões”. A formulação dworkiniana tem sido particularmente bem-sucedida sob esse aspecto.

Seu limite, no entanto, está em que a esperança de uma decisão fundada na razão colide com a reflexividade altamente desenvolvida da sociedade moderna, que exige o entendimento da visão alheia na mesma medida em que diminui o poder persuasivo de uma crença comum. Talvez a teoria deixe, assim, de fazer jus à complexidade e à contingência envolvidas no processo de tomada de decisão em uma sociedade complexa. É possível que as simplificações do neoconstitucionalismo tenham algo a ver com essa limitação teórica (agravada com a necessidade de decidir todos os casos em um contexto de falta de clareza quanto à diferença casos fáceis/casos difíceis). Resta então à teoria justificar suas proposições com base em uma teoria da interpretação autoaplicável – e alertar que um caminho diverso levaria à arbitrariedade. Admitir que não há resposta para os casos difíceis passa a ser visto como uma postura niilista, anarquista, decisionista, oportunista, positivista – ou cética.⁴⁷⁶ Se em 1974 Luhmann perguntava pelo que estaria *depois* dos princípios,⁴⁷⁷

⁴⁷³ Ver Niklas Luhmann, *A restituição do décimo segundo camelo: do sentido de uma análise sociológica do direito* (1985; 2000) trad. por Dalmir Lopes Jr. in *Niklas Luhmann: Do sistema social à sociologia jurídica* (2004), Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 104

⁴⁷⁴ Cf. Niklas Luhmann, *Legitimation durch Verfahren* (1969; 2ª ed. 1975), Hermann Luchterhand Verlag, Darmstadt, 21. Na verdade, se a decisão correta “existisse” e se fosse possível encontrá-la de forma segura, o procedimento se tornaria irrelevante: o procedimento só tem espaço porque há incerteza quanto à questão do direito e da verdade [60].

⁴⁷⁵ Cf. Niklas Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft* (1993). Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 504

⁴⁷⁶ Como exagera Luhmann, faltaria então um passo para acusar essas posturas de se disporem ao uso para crimes políticos. Niklas Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft* (1993). Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 522.

após o desenvolvimento da teoria “interpretativa” resta perguntar: o que continua latente na hipótese da resposta correta?

Segundo Dworkin, ainda quando nos “casos fáceis” a moralidade aparentemente não desempenha papel algum, ela está pressuposta nas razões morais que temos para seguir, por exemplo, as leis. Nesses casos, “é como se a moralidade dormisse ou permanecesse letárgica”.⁴⁷⁸ Para o autor, o direito é, afinal, um departamento da moralidade. Mesmo nos casos difíceis, porém, Hércules não submeterá o problema que tem diante de si à “opinião popular” ou ao “legislador”.⁴⁷⁹ Ele não é um “passivista”. Também não é um “ativista” tirano que pretende usurpar da população o seu poder democrático. O juiz ideal age em nome do seu julgamento sobre o que a democracia e a constituição realmente significam. E age, sobretudo, porque tem a responsabilidade de decidir “quando *deve confiar* nas suas próprias convicções sobre o caráter da nação”.⁴⁸⁰ O que permanece letárgico, ou melhor, *latente*, não é a moralidade, mas uma pergunta silenciada mesmo nos *hard cases*. O despertar da moralidade nesses casos difíceis não tem sido suficiente para permitir que se pergunte, em vez de “existe uma resposta correta?”, se *é correto existir resposta*. Inevitável pensar que, ali onde se esperava “*justice*”, esteja a proibição da denegação de justiça.

Mesmo assim, desenvolvimentos de menor potencial teórico e grau de abstração reduzido têm se aproximado *perigosamente* dessa latência. Há aqui uma questão relevante para o futuro de uma dogmática jurídica que procurar atender à vedação do *non liquet*. Luhmann já observava que em determinadas regiões, principalmente do leste asiático, ainda se recomenda que o código binário não seja aplicado em determinadas situações.⁴⁸¹ Na esteira do neoconstitucionalismo, surgem posturas que defendem que “o Judiciário não tem como construir todo e qualquer direito; não lhe cabe construir, não é adequado que

⁴⁷⁷ Ver Niklas Luhmann. *Rechtssystem und Rechtsdogmatik* (1974). Stuttgart, Kohlhammer Urban-Taschenbücher, 563-564.

⁴⁷⁸ Ronaldo Porto Macedo Junior, *Do Xadrez à Cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea* (2013), São Paulo, Saraiva, 269.

⁴⁷⁹ Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously* (1977, 1978), Massachusetts, Harvard University Press, 129.

⁴⁸⁰ Ronald Dworkin, *Law's Empire* (1986), Massachusetts, Harvard University Press, 397-399

⁴⁸¹ Assim em Niklas Luhmann. *Das Recht der Gesellschaft* (1993). Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 191-192.

construa”.⁴⁸² E que vão além: “só que o tribunal, ao fazer normas a partir de princípios, sente-se obrigado a dizer que age assim justamente *por não ter escolha*”.⁴⁸³ Há quem veja nisso “algo de ruim”, uma vez que *moralmente* seria mais difícil modificar uma norma nascida com esse tipo de justificativa do que alterar uma lei ou regulamento. Questões instigantes surgem também das pesquisas a respeito do instituto da “recusal” na Suprema Corte norte-americana,⁴⁸⁴ incluindo a descoberta empírica (para nós, a essa altura, pouco surpreendente) do *silêncio* que envolve as decisões de abdicar da tomada de decisão em determinados casos.⁴⁸⁵

A maior parte desses questionamentos toma, é verdade, o cuidado de assumir a forma de discussões de “competência” ou acerca dos “requisitos processuais de admissibilidade”. Do ponto de vista jurídico, é possível diferenciá-los da mera ausência de julgamento que caracterizaria proibição da denegação de justiça.⁴⁸⁶ Embora uma observação sociológica do sistema não possa ignorar essa autodescrição, ela está livre para observar casos limítrofes, nos quais a princípio não haveria fundamento jurídico suficiente para a recusa e, mesmo assim, ela acontece. O cuidado em não explicitar uma eventual violação da proibição da denegação de justiça tem suas razões. O direito precisa, afinal, se levar a sério. Como insiste Dworkin, ele não pode se ver como uma “piada grotesca”.⁴⁸⁷ Mas isso não significa que ele esteja a salvo de velar latências cujo aparecimento poderia levar a consequências catastróficas. Ou de, ao fazê-lo, se apresentar a um observador, talvez não como *absurdo* sem sentido, mas decisivamente como *paradoxo* tangível (vale dizer, desdobrado em diferenças operacionais).

⁴⁸² Carlos Ari Vieira Sundfeld, *Princípio é preguiça?* in Ronaldo Porto Macedo Jr., Catarina Helena Cortada Barbieri (orgs.) *Direito e interpretação: racionalidades e instituições* (2011), São Paulo, Saraiva, 296.

⁴⁸³ Carlos Ari Vieira Sundfeld, *Princípio é preguiça?* in Ronaldo Porto Macedo Jr., Catarina Helena Cortada Barbieri (orgs.) *Direito e interpretação: racionalidades e instituições* (2011), São Paulo, Saraiva, 301.

⁴⁸⁴ Cf. M. Margaret McKeown, *To judge or not to judge: transparency and recusal in the Federal System* (2011). Ver também Robert J. Hume, *Deciding not to decide: the politics of recusals on the U. S. Supreme Court* (2014), *Law & Society Review*, Volume 48, Number 3.

⁴⁸⁵ Ver Robert J. Hume, *Deciding not to decide: the politics of recusals on the U. S. Supreme Court* (2014), *Law & Society Review*, Volume 48, Number 3, 649 (ressaltando o contraste, nem um pouco ingênuo, com as longas fundamentações apresentadas para a tomada de decisões no mérito).

⁴⁸⁶ Vale notar porém que, diferentemente dos tribunais ordinários, na Suprema Corte não há substituto para os juízes, de modo que se houver muitas recusas o julgamento deixa de ser realizado por falta de quorum. Assim em Robert J. Hume, *Deciding not to decide: the politics of recusals on the U. S. Supreme Court* (2014), *Law & Society Review*, Volume 48, Number 3, 628-629.

⁴⁸⁷ Ronald Dworkin, *Law's Empire* (1986), Massachusetts, Harvard University Press, 44.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este estudo partiu do exame das raízes das principais características da dogmática jurídica moderna. Vimos que a proibição da negação, desenvolvida em Bolonha no século XI, seria incorporada à sistematização elaborada no direito natural para que a dogmática jurídica assumisse, no “ciclo kantiano” inaugurado por Savigny, a sua forma moderna de um sistema fundado na positividade. No breve panorama, revelou-se que a compreensão dessa forma moderna tem sido realizada principalmente a partir da observação do enfrentamento da contingência pela adesão ao direito positivo – isto é, a partir de *uma* de suas exigências centrais. Nossa expectativa era a de que, para além do caráter sistemático, da inegabilidade do direito positivo e de uma orientação reconhecidamente prática, o elemento da proibição da denegação de justiça pudesse agregar aspectos relevantes à observação da dogmática jurídica na sociedade complexa.

Diante dessa hipótese, procuramos indagar se algumas das obras clássicas do pensamento jurídico positivista ofereciam contribuição para o problema enfrentado neste trabalho, já que todas elas tratam, de alguma maneira, da relação entre *conhecer* e *decidir*. Em seu *System des heutigen römischen Rechts*, Savigny descreve a interpretação como ato do intelecto vinculado à lei, e a aplicação como uma ação que pode transcender esses limites sempre que o juiz *por sua natureza* precise julgar. O Jhering do *Geist des römischen Rechts* distingue doutrina e ciência do direito, separando o conhecimento do direito vigente da invenção do alfabeto jurídico provocada por uma necessidade da vida prática. A *Reine Rechtslehre* de Kelsen rejeita essa capacidade produtora da ciência jurídica, supostamente apta a “melhor servir à prática”, ao passo que concebe a possibilidade de um ordenamento jurídico não obrigar o juiz a exercer o seu mister. Finalmente, para Hart e seu *Concept of law*, as regras primárias que constroem um dever de julgar são encaradas como um eventual reforço às normas de competência, fato que deve ser levado em conta por aqueles que, de um ponto de vista interno, tomem essas normas como padrão para avaliação das condutas (incluindo-se aqui as condutas dos juízes).

Embora essas referências tenham permitido avançar no tratamento da questão, observações específicas sobre a relação entre a dogmática jurídica e uma proibição contingente da denegação de justiça teriam de ser buscadas em outra perspectiva teórica.

Recorremos, então, à teoria dos sistemas de Niklas Luhmann. Dessa perspectiva, a expressão “ciência dogmática” do direito precisou ser, mais uma vez, problematizada. Direito e ciência foram apresentados como sistema sociais funcionalmente diferenciados em correspondência a uma distinção no plano estrutural da sociedade: a distinção expectativa cognitiva/expectativa normativa. Expectativas cognitivas adaptam-se a frustrações; as normativas resistem. Direito e verdade encontram-se, então, apartados: enquanto o sistema jurídico tem sua unidade simbolizada pela validade, a verdade é o símbolo que representa a unidade do sistema científico. Como meios de comunicação simbolicamente generalizados, validade e verdade possibilitam a emergência de comunicações improváveis, embora cada uma dessas comunicações siga a autopoiese do sistema a que pertencem.

No contexto da distinção entre direito e ciência, a dogmática jurídica aparece em sistema distinto do sistema científico. Operações típicas desse sistema são, ao contrário, as comunicações da teoria dos sistemas. Por esse motivo é que, ao observar a ciência, a teoria aceita “o beijo da mulher aranha”, isto é, enreda-se na teia que se tece ao operar, incorporando neste operar as consequências de suas próprias observações. Luhmann busca na cibernética de segunda ordem o suporte para o desenvolvimento de uma teoria que implica reciprocamente o construtivismo e a teoria da diferenciação social. Dessa forma, além de encontrar sistemas, observa níveis distintos. Torna-se, com isso, capaz de perceber que a teoria do direito, por exemplo, se diferencia da dogmática jurídica por representar uma abstração da abstração. Enquanto aquela se constrói como uma estrutura autorreferencial que descreve a unidade do direito, a dogmática se liga à estrutura do sistema como um conjunto de programas condicionais que interpretam a conceitualidade de modo a responder à *necessidade de produzir* um número infinito de decisões. Uma das razões pelas quais a atividade do doutrinador não se confunde com a atividade do cientista é justamente o fato de que, na ciência, algumas hipóteses podem permanecer sem resposta, dando origem à diferença não decidido/não decidível.

Quando a proibição da denegação de justiça foi identificada como um elemento importante na diferença entre “ciência” e “dogmática jurídica” da sociedade moderna, podemos nos perguntar o que ocorre com outros sistemas sociais. E vimos que, na passagem para uma sociedade funcionalmente diferenciada, o sistema econômico teve de lidar com a noção de “preço justo”. Orientada pelo código pagamento/não pagamento e

programada por meio de preços, a economia abdica de uma *programação externa da programação* e passa a procurar, por si mesma, seu próprio controle. A política, por sua vez, enfrenta o paradoxo da unidade da decisão (e da soberania como possibilidade de decidir não decidir) proclamando a “razão de estado”. Constrói, em determinados casos, a ideia de uma situação emergencial para assegurar o seu fechamento. Se a razão de Estado estava, na sociedade estratificada, ligada à moral, na modernidade o Estado e seus órgãos, através da constituição, são os “soberanos”. Em suma, tanto a economia como a política, apesar de garantirem o fechamento operacional e, com isso, a possibilidade de enfrentar as mais diversas questões a partir de um código próprio, evitam estabelecer a necessidade de decidir todos os casos.

Com o sistema jurídico, já sabemos, a história é outra. No Estado absoluto, o rei concentrava os poderes legislativo e jurisdicional, sendo chamado para dar uma resposta em casos de interpretação problemática. Após a Revolução Francesa, o *référé législatif* permanece à disposição do juiz que, concebido de forma irrealista (ainda que por pouco tempo) deveria se abster de julgar nos casos em que a “boca-da-lei” se mostrasse demasiado estreita para proferir uma resposta. O instituto do *référé* só passaria a ser recusado quando sua formulação surge ao lado da proibição da denegação de justiça. Para tanto seria necessário consolidar a redução da administração da justiça a uma lógica praticável no “dia-a-dia” do sistema, ou seja, ao código binário. Com o fechamento operativo do sistema e a impossibilidade de recurso ao legislador, a incerteza passaria a ser trabalhada por um tipo de legitimação procedimental que a transforma em uma questão de tempo: o caso pode ser complexo e o resultado desconhecido, mas *é certo* que uma decisão ao final será tomada.

A garantia de uma decisão depende de algumas das características do direito moderno. No direito romano, em que o juiz poderia abster-se de decidir (*non liquet*), adiar a decisão (*difissio*) ou, mais tarde, recorrer ao imperador (*consultatio*), a responsabilidade pelas consequências da decisão era bastante elevada. O juiz poderia, inclusive, “fazer seu” o litígio segundo uma ação pretoriana. Além disso, em boa parte do período romano adotava-se o livre convencimento, pelo qual o juiz buscava a veracidade não só nas situações de fato determinantes para o caso, mas também na conduta moral dos litigantes. Séculos depois, na sociedade funcionalmente diferenciada, quando a organização jurídica assume o risco das consequências das decisões dos juízes, já era possível conceber a

decisão de outro modo. Um juiz consciente dos limites do seu proceder pode ser idealizado como um “Hércules” nos *hard cases*. Com a proibição da denegação de justiça, essa construção revela sua utilidade teórica sem se preocupar com as consequências de uma decisão que se recuse a “não ver claro”.

A obrigação de decidir todos os casos, dos mais simples aos mais complexos, nos permitiu a aproximação de uma construção paradoxal. Decisões são observações que indicam um lado de uma alternativa. A alternativa, por sua vez, é uma distinção que pressupõe que ambos os lados demarcados são alcançáveis. Na decisão, é preciso tanto distinguir a distinção em relação ao mundo que permanece não marcado, quanto diferenciar internamente as alternativas entre si. A decisão mesma não se *encontra*, portanto, nas alternativas: ela aparece como um terceiro excluído que é incluído, como um observar que, ao utilizar a distinção, não pode indicar a si mesmo. Só se pode decidir as questões que são em princípio indecidíveis – e as indecidibilidades só podem ser decididas por meio de decisão. Não se trata de abandonar, diante do paradoxo da decisão indecidível, o julgador à própria sorte: a questão é entender quais desdobramentos do paradoxo funcionam de modo convincente. Ao renunciar à possibilidade de não decidir, o sistema jurídico obriga os tribunais a traduzir o paradoxo em distinções manejáveis, como as regras jurídicas que a dogmática trabalha a partir do esquema regra/exceção. Mas o paradoxo retorna na forma de casos que não podem ser decididos com base em regras. O sistema pode então se valer de outras distinções (decisões/consequências, princípio jurídico/aplicação). De qualquer forma, como ilustramos a partir de uma história sobre camelos, precisará de construções que tornem possível a tomada de decisões.

Antes de observar especificamente o tratamento dado pelo sistema jurídico (e, logo em seguida, pela dogmática jurídica) a esses paradoxos, julgamos importante examinar como essa questão toma forma em grau menor de abstração. Tivemos de recorrer ao direito internacional que, por conta de peculiaridades como a inexistência de uma constituição, dificuldades de institucionalização e incertezas quanto à reprodução autopoietica, se permite aproximar *perigosamente* do paradoxo. Vimos então que o mesmo direito internacional que mobilizara um debate para definir o sentido da “denegação de justiça” no âmbito das ordens jurídicas nacionais enfrentaria, no século XX, o problema do *non liquet* em suas próprias decisões. De um lado, sustentou-se que a vedação do *non liquet* era um axioma *a priori* do direito; de outro, defendeu-se que se trata de um princípio positivo. De

uma parte, recomendou-se que os tribunais, além de decidirem conflitos, cumprissem o papel de sugerir mudanças no direito positivo; de outra, argumentou-se que essas sugestões deveriam acontecer justamente nos casos em que os tribunais estivessem livres para declarar o *non liquet*. Era inevitável, nesse contexto, que a pergunta emergisse: “não seria melhor (...) que os tribunais internacionais pudessem declarar o *non liquet*?”

O que se segue a partir dessa seção central pode ser lido como um afastamento do paradoxo, seja como ocultação, seja como desdobramento. No plano do direito interno, a questão seria enfrentada mediante a construção contingente da proibição da denegação de justiça. Vimos que essa proibição não decorre simplesmente do uso da lógica, da vinculação dos tribunais às normas positivadas ou da mera necessidade de resolver conflitos. Ainda assim, ela não costuma ser tratada *no* sistema como contingente – fato que atribuímos a uma cultura organizacional que gera “evidências sobre-entendidas” aceitas por qualquer um que esteja familiarizado com o sistema. O estudo da declaração explícita da denegação de justiça nos permitiu perceber o caráter autodestrutivo engendrado nessa noção. Estuda-se o tema, *no direito*, geralmente para negá-lo. Tentativas de evitar uma decisão costumam aparecer de forma bastante sutil, como se evitassem dizer seu nome.

Quando a construção jurídica da proibição da denegação de justiça não pode se ancorar em uma previsão explícita do legislador, ela se realiza a partir de outros suportes que permitam o desdobramento do paradoxo. Abordamos, ainda no segundo capítulo, dois exemplos: o preenchimento de lacunas pelo juiz e as regras de distribuição do ônus da prova. Ao analisar o primeiro, vimos que desde a perspectiva teórica aqui adotada é possível observar o direito como completo *e* incompleto – quer dizer, *completável* – e aberto *e* fechado – ou melhor, aberto *porque* fechado. A existência de meios para que os juízes eliminem as lacunas está imediatamente ligada ao paradoxo da decisão indecidível, de modo que a teoria das lacunas, como a denegação de justiça, “devora a si mesma”. Na distribuição do ônus da prova, a incerteza enfrentada é de outra ordem: trata-se de incerteza heterorreferencial em relação a fatos. O princípio da “livre apreciação das provas” surge, no direito moderno, como liberdade de desconsiderar papéis alheios ao processo. Excluída a referência a fatos e circunstâncias não constantes dos autos, as regras do ônus da prova oferecem critérios que possibilitam o julgamento mesmo quando os fatos permanecem desconhecidos.

Após examinarmos, nos primeiros capítulos, a dogmática jurídica e a proibição da denegação de justiça, em um movimento de aproximações e afastamentos de paradoxos, passamos a enfrentar especificamente o problema central deste trabalho. A dogmática jurídica reage à proibição da denegação de justiça disponibilizando para o direito conceitos, figuras de pensamento e operações lógicas que são por ele utilizados em diferentes e infinitos contextos decisórios apresentados pela sociedade moderna. Valemos da imagem do direito como um rio entre duas margens flexíveis (a decisão de casos concretos e a adesão ao direito positivo), situando a dogmática jurídica como *terceira margem* que relaciona as relações de aplicação. Na formulação luhmanniana, sua função é definir as condições do juridicamente possível, ampliando a incerteza compatível com o sistema jurídico. Tanto quanto um rio depende de ambas as margens para continuar a sê-lo, a configuração moderna da dogmática jurídica depende da proibição da denegação de justiça, ainda que não tenhamos deixado de observar o aparecimento de uma “dogmática periférica”. Além disso, não basta permitir a decisão em todos os casos: é preciso também apresentar respostas uniformes a casos construídos de forma semelhante. Apesar das autodescrições heroicas, que prometem “justiça” a cada um dos que acessem o sistema jurídico, na prática o direito oferece decisões obrigatórias, liberdade na fundamentação dessas decisões e limitação dessa liberdade por uma fórmula de contingência.

Na seção final, apresentamos algumas observações a respeito do futuro do presente da dogmática jurídica. O exame das condições sociais sob as quais ela funciona passa, atualmente, pela percepção de que, na democracia constitucional, a argumentação com base em princípios tentou ocupar um lugar que no Estado pré-constitucional era ocupado pela dogmática jurídica. Mais do que uma substituição da dogmática pela argumentação, contudo, verificamos a tendência de retraimento do esquema regra/exceção em favor das técnicas de ponderação de princípios e avaliação das consequências. Essa tendência se faz notar particularmente (mas não só) no Brasil pelo fato de não ter sido consolidada por aqui uma construção dogmática adicional: a distinção casos fáceis/casos difíceis. Nesse ponto o neoconstitucionalismo aparece como típico subproduto da proibição da denegação de justiça, com abstrações procedimentais que insistem em justificar o fundamento de decisões, sem, no entanto, bastarem para garantir a coerência entre elas. O presente do futuro da dogmática jurídica permanece como incógnita. No entanto, a julgar por uma das mais influentes autodescrições jurídicas, ao menos uma de suas exigências – a proibição da denegação de justiça – tende a se manter firme. Com efeito, a teoria do direito de Dworkin

se presta a descrever a unidade do sistema de forma que a procura por uma “resposta correta” sempre faça sentido. Como teoria *no* direito, porém, embora afirme despertar a moralidade nos casos difíceis, deixa dormir a questão latente: afinal, é correto existir resposta?

Em sua última lição na Universidade de Bielefeld, diante de um público imenso,⁴⁸⁸ Luhmann elaborou duas perguntas: “de que se trata o caso?” “O que se esconde por trás?”⁴⁸⁹ Como resposta, indicou que embora haja algo *por trás* de qualquer *caso de observação do observador*, trata-se sempre de algo inacessível à observação que varia conforme os sistemas. O presente trabalho teve de abdicar, nesse sentido, de denunciar qualquer ideologia. “Por trás dos casos difíceis” – e também dos fáceis – o que se esconde é apenas aquilo que o sistema jurídico não pode ver que não vê. Se em vez de “estrutura fundamental”, como queria Stone, encontramos um paradoxo, não podemos negar que estivemos diante de algo tão pequeno quanto um *ponto cego*.

⁴⁸⁸ Quem nos conta é Raffaele De Giorgi, *Presentazione* in Francesco Calabro, *Incertezza e vincolo: Il racconto del Diritto nel pensiero di Niklas Luhmann* (2007), Lecce, Pensa Multimedia, 11.

⁴⁸⁹ Niklas Luhmann, “*Was ist der Fall?*” Und “*Was steckt dahinter?*”. *Die zwei Soziologien und die Gesellschaftstheorie* (1993) *Zeitschrift für Soziologie*, Jg. 22, Heft 4, Stuttgart, F. Enke Verlag, 245-260.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Metas Nacionais do Conselho Nacional de Justiça”, disponível em <<http://www.cnj.jus.br/gestao-e-planejamento/metas>> (último acesso em 18/12/2014);

“Novo diagnóstico de pessoas presas no Brasil”, disponível em <http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/diagnostico_de_pessoas_presas_correcao.pdf> (último acesso em 18/12/2014);

Relatório “Justiça em Números” do CNJ de 2014”, disponível em <ftp://ftp.cnj.jus.br/Justica_em_Numeros/relatorio_jn2014.pdf> (último acesso em 18/12/2014);

AARNIO, Aulus — *The rational as reasonable: a treatise on legal justification* (1987), Dordrecht, D. Reidel Publishing Company;

ADEODATO, João Maurício — *Adeus à separação de poderes?* in NOVELINO, Marcelo (org.) — *Direito Constitucional: teoria da Constituição* (2009), Salvador, JusPodivm;

ALCHOURRÓN, Carlos E.; BULYGIN, Eugenio — *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales* (1975, 3ª reimpresión 1998), Buenos Aires, Astrea;

ALEXY, Robert — *Theorie der Grundrechte* (1986; 2006), tradução de Virgílio Afonso da Silva, *Teoria dos Direitos Fundamentais* (2008), São Paulo, Malheiros;

ALEXY, Robert — *Theorie der Juristischen Argumentation* (1983; 1991), Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag;

ALVES, José Carlos Moreira — *Direito Romano* (1965; 10ª ed. 1996), v.1, Rio de Janeiro, Forense;

ARISTÓTELES — *Hoika Nikoaxeia*, tradução de António de Castro Caeiro, *Ética a Nicômaco* (2009), São Paulo, Atlas;

ARRANGIO-RUIZ, Vincenzo — *Storia del Diritto Romano* (7ª ed. 1984), Napoli, Dott. Eugenio Jovene;

ÁVILA, Humberto — *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos* (2003, 15ª ed. 2014), São Paulo, Malheiros;

BARROSO, Luís Roberto — *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo* (4ª ed. 2013), São Paulo, Saraiva;

BARROSO, Luís Roberto — *Novos paradigmas e categorias da interpretação constitucional*, in NOVELINO, Marcelo (org.) — *Direito Constitucional: teoria da Constituição* (2009), Salvador, JusPodivm;

BARROSO, Luis Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de — *O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro*, in SAMPAIO, José Adércio Leite (coord.) — *Crise e desafios da Constituição* (2004), Belo Horizonte, Del Rey;

BICKEL, Alexander M. — *The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics* (1962;1986), New York, Vail-Ballou;

BOBBIO, Norberto — *Lacune del Diritto* in *Novissimo Digesto Italiano* (3ª ed. 1957), Torino, Editrice Torinese;

BOBBIO, Norberto — *Completezza dell'ordinamento giuridico e interpretazione* (1939), tradução de Pablo Eiroa, *La plenitud del orden jurídico y la interpretación*, in *Revista de Teoría y Filosofía del Derecho* 21 (2004);

BRESOLINI, Umberto Bara — *Efeitos da Revelia no Processo Civil de Conhecimento* (2004), São Paulo, Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo;

BRETONE, Mario — *História do Direito Romano* (1990), Lisboa, Editorial Estampa;

BUCH, Henri — *Les lacunes en droit administratif*, in PERELMAN, Chaim — *Le problem des lacunes en droit* (1968), Bruxelles, Établissements Émile Bruylant;

BRETONE, Mario — *Tecniche e Ideologie dei Giuristi Romani* (1971;1975), Napoli, E.S.I.;

BACHUR, João Paulo — *Às portas do labirinto: para uma recepção crítica da teoria social de Luhmann, Niklas* (2010), Rio de Janeiro, Beco do Azougue;

BAECKER, Dirk — *Gypsy Reason: Niklas Luhmann's Sociological Enlightenment*, in *Cybernetics & Human Knowing* 6, n. 3 (1999);

BALDWIN, John W., *The medieval theories of the just price*, in *Transactions of the American Philosophical Society* 49, n. 4 (1959)

BARBOSA, Samuel Rodrigues; RODRIGUEZ, José Rodrigo; COSTA, Carlos Eduardo Batalha da Silva e (coord.) — *Formalismo, dogmática jurídica e Estado de direito: Um debate sobre o direito contemporâneo a partir da obra de Tercio Sampaio Ferraz Jr.*, in *Cadernos Direito GV* 7, n. 3 (2010);

BERMAN, Harold J. — *Law as Revolution: the formation of western legal tradition* (1983), Cambridge, Harvard University Press;

CALABRO, Francesco — *Incertezza e Vincolo. Il racconto del diritto nel pensiero di Niklas Luhmann* (2007), Lecce, Pensa MultiMedia;

CALSAMIGLIA, Albert — *Introduccion a la ciencia jurídica* (1988), Barcelona, Ariel Derecho;

CAMPILONGO, Celso Fernandes — *Interpretação do Direito e Movimentos Sociais* (2012), Rio de Janeiro, Elsevier;

CAMPILONGO, Celso Fernandes — *Política, sistema jurídico e decisão judicial* (2011), São Paulo, Saraiva

CANARIS, C. W. — *De la manière de constater et de combler les lacunes de la loi em droit allemand* (1966), in PERELMAN, Chaim — *Le problem des lacunes en droit* (1968), Bruxelles, Établissements Émile Bruylant;

CAPPELLETTI, Mauro — *Who Watches the Watchmen? A comparative study of judicial responsibility*, in *The American Journal of Comparative Law* 31, n. 1 (1983);

CARNELUTTI, Francesco — *Diritto e Processo* (1958), Napole, Morano Editore;

CARRIÓ, Genaro R. — *Principios jurídicos y positivismo jurídico* (1970), Buenos Aires, Abeledo-Perrot;

CASTRO FILHO, Osvaldo Alves de — *A obrigatoriedade da decisão no direito: subsídios para elaboração de uma teoria da decisão jurídica* (2007), Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

CINTRA, Antonio C. de A., GRINOVER, Ada P., DINAMARCO, Cândido R. — *Teoria Geral do Processo* (1974, 24ª ed. 2008), São Paulo, Malheiros;

COMOGLIO, Luigi Paolo — *Le Prove Civili* (2010), Torino, Wolters Kluwer;

CONTE, Amedeo G., *Décision, Completude, Clôture* (1963) in PERELMAN, Chaim — *Le problem des lacunes en droit* (1968), Bruxelles, Établissements Émile Bruylant;

CORREIA, José Gladston Viana; RIBEIRO, Pedro Henrique — *Por que Luhmann? A função da dogmática jurídica para o direito e sua (má) utilização da teoria dos sistemas* (2011), in *XX Encontro Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito (CONPEDI)*, publicado nos *Anais do XX Encontro Nacional do CONPEDI*, Florianópolis, Fundação Boiteux.

COSSIO, Carlos — *La Plenitud del Ordenamiento Jurídico* (1939, 2ª ed. 1947), Buenos Aires, Losada;

CORREIA, José Gladston Viana — *Sociologia dos direitos sociais: escassez, justiça e legitimidade* (2014), São Paulo, Saraiva;

CRUZ E TUCCI, José Rogério — *Denegação de Justiça* (1998), Tribuna do Direito, São Paulo;

DEL VECCHIO, Giorgio — *Sui principî generali del diritto* (1958), Milano, Giuffrè;

DEMPSEY, Bernard W. — *Just Price in a Functional Economy*, in *The American Economic Review* 25, n. 3 (1935);

DWORKIN, Ronald — *Justice in Robes* (2006), Cambridge, Harvard University Press

DWORKIN, Ronald — *Law's Empire* (1986), Massachusetts, Harvard University Press;

DWORKIN, Ronald — *No Right Answer?*, in *New York University Law Review* 53, n. 1 (1978);

DWORKIN, Ronald — *Taking Rights Seriously* (1977, 1978), Massachusetts, Harvard University Press;

DONATI, Donato — *Il problema delle lacune dell'ordinamento giuridico* (1910), Milano, Società Editrice Libreria.

ECO, Umberto — *Postille a "Il nome della rosa"* (1983), in *Il nome della rosa* (1980; 2012), Milano, Tascabili Bompiani;

ENGISCH, Karl — *Einführung in das juristische Denken* (1983), tradução de J. Baptista Machado, *Introdução ao pensamento jurídico* (8ª ed. 2001), Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian;

FALZEA, Angelo — *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica: ii. dogmatica giuridica* (1997), Milano, Giuffrè Editore;

FAVOREAU, Louis — *Du Déni de Justice en Droit Public Français* (1962), Thèse pour le doctorat en droit, Université de Paris;

FERRAZ JR., Tercio Sampaio — *A argumentação jurídica* (2014), Barueri, Manole;

FERRAZ JR., Tercio Sampaio — *A ciência do direito* (1977, 2010), São Paulo, Atlas;

FERRAZ JR., Tercio Sampaio — *Função social da dogmática jurídica* (1980), São Paulo, Revista dos Tribunais;

FERRAZ JR., Tercio Sampaio — *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação* (1988, 5ª ed. 2007), São Paulo, Atlas;

FISHER, William W. — *Texts and contexts: the application to american legal history of the methodologies of intellectual history*, in *Stanford Law Review* 49, n. 5 (1997);

FOERSTER, Heinz von; PÖRKSEN, Bernhard — *Wahrheit ist die Erfindung eines Lügners: Gespräche für Skeptiker* (1998), tradução para o italiano de Stefano Barretta, *La verità è l'invenzione di un bugiardo: Colloqui per scettici* (2001), Roma, Meltemi;

FRIEDMAN, Lawrence M. — *Legal Rules and the Process of Social Change*, in *Stanford Law Review* 19, n. 4 (1967)

GELLIUS, Aulus — *Noctes Atticae* (s.d), tradução de Francisco Navarro y Calvo, *Noches Áticas* (1959), Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América;

GENTE, Peter; PARIS, Heidi; WEINMANN, Martin — *Niklas Luhmann: Short Cuts* (2000, 2ª ed. 2002), Frankfurt am Main, Postfach;

GIORGI, Raffaele De — *Argomentazione giuridica a partire dalla Costituzione* (2014), texto preparado para o Seminário “Teoria da Decisão Judicial”, organizado pelo Conselho de Justiça Federal em Brasília;

GIORGI, Raffaele De — *Introduzione all'edizione italiana*, in LUHMANN, Niklas — *Ausdifferenzierung des Rechts* (1981), tradução de Raffaele De Giorgi, *La differenziazione del diritto* (1990), Bologna, Il Mulino;

GIORGI, Raffaele De — *Poscritto in Scienza del diritto e legittimazione* (1970; 1998), Bari, Pena Multimedia;

GIORGI, Raffaele De — *Sobre o Direito Kafka, Dürreemat e a idéia de Luhmann sobre o Camelo*, tradução de Virgílio de Mattos, in *Veredas do Direito* 4, n. 7 (2007);

GIORGI, Raffaele De — *Presentazione dell'edizione italiana*, in LUHMANN, Niklas — *Vertrauen: ein Mechanismus der Reduktion sozialer Komplexität*, tradução para o italiano de Luca Burgazzoli, *La Fiducia* (2002), Bologna, Il Mulino;

GIORGI, Raffaele De — *Presentazione in Francesco Calabro, Incertezza e vincolo: Il racconto del Diritto nel pensiero di Niklas Luhmann* (2007), Lecce, Pensa Multimedia;

GIORGI, Raffaele De — *Scienza del diritto e legittimazione* (1979; 1998), Bari, Pena Multimedia;

GILISSEN, John — *Le problème des lacunes du droit dans l'évolution du droit médiéval et moderne* (1967), in PERELMAN, Chaim — *Le problem des lacunes en droit* (1968), Bruxelles, Établissements Émile Bruylant;

GIULIANI, Alessandro; PICARDI Nicola — *La responsabilità del Giudice* (1995), Milano, Giuffrè;

GOMES, Orlando — *Direito e desenvolvimento* (1961), Salvador, Publicações da Universidade da Bahia;

GOMES, Orlando — *Novas considerações sobre alguns conceitos jurídicos*, in *Direito privado (novos aspectos)* (1961), Rio de Janeiro, Freitas Bastos;

GONÇALVES, Guilherme Leite — *Direito entre certeza e incerteza* (2013), São Paulo, Saraiva;

GONÇALVES, Guilherme Leite — *Interpretaciones socio-juridicas de las formas discursivas del derecho em America Latina: una critica postcolonial* (2010), publicado nos anais do XI Congresso Latinoamericano de Sociología Jurídica, Buenos Aires;

HABERMAS, Jürgen — *Faktizät um Geltung. Beiträge zue Diskurtheorie des Rechts und des demokratische Rechtstaats* (4ª ed. 1994), tradução de Flávio Beno Siebeneichler, *Direito e Democracia: Entre facticidade e validade* (2ª ed. 2003), Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro;

HAGEN, Wolfgang (org.) — *Was tun, Herr Luhmann?* (2009), Berlin, Kulturverlag Kadmos;

HARLAN, David — *Intellectual history and the return of literature*, in *The american historical review* 94, n. 3 (1989);

HART, Herbert L. A. — *Concept of Law* (1961), tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara, *O Conceito de Direito* (2009), São Paulo, Martins Fontes;

HELLMANN, Kai-Uwe — *Protest. Systemtheorie und soziale Bewegungen* (1996), Suhrkamp, Verlag;

HÜBER, Eugen — *Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Erläuterungen zum Vorentwurf des Eidgenössischen Justiz — Und Polizeidepartements* (1901; 1914), Bern, Bächler;

HUBERLANT, Charles — *Les Mecanismes intuités pour combler les lacunes de la loi* (1964), in PERELMAN, Chaim — *Le problem des lacunes en droit* (1968), Bruxelles, Établissements Émile Bruylant;

HUME, Robert J. — *Deciding not to decide: the politics of recusals on the U. S. Supreme Court*, in *Law & Society Review* 48, n. 3 (2014);

IRTI, Natalino — *Diritto senza verità* (2011), Roma, Laterza;

JHERING, Rudolf von — *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung* (1883), tradução, a partir da versão espanhola reduzida, de José Ignacio Coelho Mendes Neto, *A dogmática jurídica* (2013), São Paulo, Ícone;

KELSEN, Hans — *Allgemeine Theorie der Normen* (1979), tradução de José Florentino Duarte, *Teoria geral das normas* (1986), Porto Alegre, Fabris;

KELSEN, Hans — *Reine Rechtslehre* (1934, 2ª ed. 1960), tradução de João Baptista Machado — *Teoria Pura do Direito* (1985; 7ª ed. 2006), São Paulo, Martins Fontes;

KELSEN, Hans — *What is Justice?* (1957), tradução de Luís Carlos Borges, *O que é a justiça?* (3ª ed. 2001), São Paulo, Martins Fontes;

LAUTERPACHT, Hersch — *Some observations on the prohibition of 'Non Liqueur' and the completeness of the law* (1958), in *International Law: Collected Papers* 2, n. 1 (1975).

LÉVY-BRUHL, Henri — *Recherches sur les Actions de la loi* (1960), Paris, Sirey;

LIEBMAN, Enrico Tullio — *Manuale di Diritto Processuale Civile II* (1984), Milano, Giuffrè;

LOPES, José Reinaldo de Lima — *O naturalismo jurídico no pensamento brasileiro* (2013), Tese de Titularidade apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo;

LOPES, José Reinaldo de Lima — *As palavras e a lei: direito, ordem e justiça na história do pensamento jurídico moderno* (2004), São Paulo, Editora 34;

LUHMANN, Niklas — *Anspruchsinflation im Krankheitssystem. Eine Stellungnahme aus gesellschaftstheoretischer Sicht*, in HERDER-DORNEICH, Phillip; SCHULLE, Alexander (orgs.) — *Die Anspruchsspirale* (1983), Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz, Kohlhammer;

LUHMANN, Niklas — *Ausdifferenzierung des Rechtssystems* (1976), in *Ausdifferenzierung des Rechts* (1999), Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag;

LUHMANN, Niklas — *Erkenntnis als Konstruktion* (1988), Bern, Benteli;

LUHMANN, Niklas — *Evolution des Rechts* (1970), in *Ausdifferenzierung des Rechts: Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie* (1999), Frankfurt am Main, Suhrkamp;

LUHMANN, Niklas — *Die Funktion des Rechts: Erwartungssicherung oder Verhaltensteuerung?* (1974), in *Ausdifferenzierung des Rechts* (1999), Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag;

LUHMANN, Niklas — *Funktionale Methode und juristische Entscheidung* (1969), in *Ausdifferenzierung des Rechts* (1999), Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag;

LUHMANN, Niklas — *Gerechtigkeit in den Rechtssystemen des modernen Gesellschaft* (1973), in *Ausdifferenzierung des Rechts: Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie* (1999), Frankfurt am Main, Suhrkamp;

LUHMANN, Niklas — *Die Gesellschaft der Gesellschaft I* (1997), Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag;

LUHMANN, Niklas — *Die Gesellschaft der Gesellschaft II* (1997), Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag;

LUHMANN, Niklas — *Kommunikation über Recht in Interaktionssystemen* (1980), in *Ausdifferenzierung des Rechts* (1999), Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag;

LUHMANN, Niklas — *Konflikt und Recht in Ausdifferenzierung des Rechts* (1999), Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag;

LUHMANN, Niklas — *Legitimation durch Verfahren* (1969; 2ª ed. 1975), Hermann Luchterhand Verlag, Darmstadt;

LUHMANN, Niklas — *Medizin und Gesellschaftstheorie*, in *Medizin, Mensch, Gesellschaft* 8 (1983);

LUHMANN, Niklas — *Metamorphosen des Staates* (1995), tradução de Giancarlo Corsi, *Metamorfosi dello Stato in Potere e Modernità: Stato, Diritto, Costituzione* (2007), Milano, Fanco Angeli;

LUHMANN, Niklas — *Ökologische Kommunikation. Kann die moderne Gesellschaft sich auf ökologische Gefährdungen einstellen?* (1985; 5ª ed. 2008), Wiesbaden, VS Verlag;

LUHMANN, Niklas — *Organisation und Entscheidung* (2000), Opladen, Wiesbaden;

LUHMANN, Niklas — *Die Politik der Gesellschaft* (2002), Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag;

LUHMANN, Niklas — *Das Recht der Gesellschaft* (1993), Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag;

LUHMANN, Niklas — *Rechtssystem und Rechtsdogmatik* (1974), Stuttgart, Kohlhammer Urban-Taschenbücher;

LUHMANN, Niklas — *Risiko und Gefahr*, in *Soziologische Aufklärung 5: Konstruktivistische Perspektiven* (1990, 3ª ed. 1993), Wiesbaden, VS;

LUHMANN, Niklas — *Die Rückgabe des zwölften Kamels* (1985; publicado em 2000), tradução de Dalmir Lopes Jr., *A restituição do décimo segundo camelo: do sentido de uma análise sociológica do direito*, in ARNAUD, André-Jean; LOPES JR., Dalmir (orgs.) — *Niklas Luhmann: Do sistema social à sociologia jurídica* (2004), Rio de Janeiro, Lumen Juris;

LUHMANN, Niklas — *Soziale Systeme: Grundriss einer allgemeinen Theorie* (1987, 4ª ed. 1991), Frankfurt am Main, Suhrkamp;

LUHMANN, Niklas — *Staat und Staatsräson um Übergang von traditioneller Herrschaft zu moderner Politik in Gesellschaftsstruktur und Semantik: Studien zur Wissenssoziologie der modernen Gesellschaft* (1989), Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag;

LUHMANN, Niklas — *Systemtheoretische Beiträge zur Rechtstheorie* (1972), in *Ausdifferenzierung des Rechts: Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie* (1999), Frankfurt am Main, Suhrkamp;

LUHMANN, Niklas — *Vorwort* (1981), in *Ausdifferenzierung des Rechts: Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie* (1999), Frankfurt am Main, Suhrkamp;

LUHMANN, Niklas — in GENTE, Peter; PARIS, Heidi; WEINMANN, Martin — *Niklas Luhmann: Short Cuts* (2000, 2º ed. 2002), Frankfurt am Main, Postfach;

LUHMANN, Niklas — “*Was ist der Fall?*” Und “*Was steckt dahinter?*”. *Die zwei Soziologien und die Gesellschaftstheorie* (1993), in *Zeitschrift für Soziologie* 22, n. 4 (1993);

LUHMANN, Niklas — *Die Wirtschaft der Gesellschaft* (1994), Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag;

LUHMANN, Niklas — *Die Wirtschaft der Gesellschaft als autopoietisches System* (1984), tradução de Hugo Cadernas — *La Economía de la Sociedad como Sistema Autopoiético*, in *Revista Mad - Universidad de Chile* 29 (2013);

LUHMANN, Niklas — *Die Wissenschaft der Gesellschaft* (1992), Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag;

LUHMANN, Niklas — *Zweckbegriff und Systemrationalität. Über die Funktion von Zwecken in sozialen Systemen* (1968), Tübingen, Mohr;

LYRA FILHO, Roberto — *Para um direito sem dogmas* (1980), Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris;

MACEDO JR., Ronaldo Porto — *Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea* (2013), São Paulo, Saraiva;

MACEDO JR., Ronaldo Porto — *Interpretação da boa-fé nos contratos brasileiros: os princípios jurídicos em uma abordagem relacional (contra a euforia principiológica)*, in MACEDO JR., Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada (orgs.) — *Direito e interpretação: racionalidades e instituições* (2011), São Paulo, Saraiva;

MAGALHÃES, José Carlos de — *Competência Internacional do Juiz Brasileiro e Denegação de Justiça*, in *Revista dos Tribunais* 77, n. 630 (1988);

MANDEVILLE, Bernar — *The fable of the bees or private vices, publick benefits* (1732), disponível em <<http://oll.libertyfund.org/>>;

MCKEOWN, M. Margaret — *To judge or not to judge: transparency and recusal in the Federal System*, in *Review of Litigation* 30, n. 4 (2011);

MELO, João Ozorio de — *Juiz nos EUA terá de responder a processo por erros no julgamento*, disponível em <<http://www.conjur.com.br/2014-set-23/juiz-eua-responder-processo-julgar-errado>> (acesso em 24 de setembro de 2014);

MICHEL, Gian Antonio — *L'onere della Prova* (1942), Padova, CEDAM;

MICHELON, Cláudio — *Princípios e coerência na argumentação jurídica*, in MACEDO JR., Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada (orgs.) — *Direito e interpretação: racionalidades e instituições* (2011), São Paulo, Saraiva;

MORENTE, Manuel Garcia — *Fundamentos de filosofia* (1943; 8ª ed. 1980), São Paulo, Editora Mestre;

MURGA, Jose Luis C., *Derecho Romano Clasico: El proceso* (1980), Zaragoza, Secretariado de Publicaciones Universidad de Zaragoza;

NAFARRATE, Javier Torres — *Luhmann: la política como sistema* (2004), México, Universidad Iberoamericana;

NEVES, Marcelo — *E se faltar o décimo segundo camelo? Do direito expropriador ao direito invadido*, in *Niklas Luhmann: do sistema social à sociologia jurídica* (2004), Rio de Janeiro, Lumen Juris;

NEVES, Marcelo — *Entre Hidra e Hércules: Princípios e regras constitucionais* (2013), São Paulo, Martins Fontes;

NEVES, Marcelo — *Entre Temis e Leviatã: uma relação difícil* (2006; 2ªed. 2008), São Paulo, Martins Fontes;

NEVES, Marcelo — *Transconstitucionalismo* (2009), São Paulo, Martins Fontes;

NINO, Carlos Santiago — *Introducción al análisis del derecho* (1980), tradução de Elza Maria Gasparotto, *Introdução à análise do direito* (2010, 2ª tiragem 2013), São Paulo, Martins Fontes;

NOBLES; Richard; SCHIFF, David, *A sociology of jurisprudence* (2006), Oregon, Hart publishing.

PARICIO, Javier — *Iurare sibi non liquere* (1985), in *Atti del III Seminario Romanistico Gardesano* (1988), Milano, Giuffrè;

PAULSSON, Jan — *Denial of Justice in International Law* (2005), New York, Cambridge University Press;

PEREIRA, Saylon Alves — *Os pedidos de vista no Supremo Tribunal Federal: uma análise quantitativa nos casos de controle concentrado de constitucionalidade* (2010), Monografia apresentada à Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público — SBDP.

PERELMAN, Chaim — *Le Problème des Lacunes en Droit: Essai de Synthèse* (1967), in PERELMAN, Chaim — *Le problem des lacunes en droit* (1968), Bruxelles, Établissements Émile Bruylant;

PROUST, Marcel — *Du côté de chez Swann* (1913), tradução de Mario Quintana, *Em busca do tempo perdido: no caminho de Swann* (1948, 3ª ed, 6ª reimp. 2009), São Paulo, Editora Globo;

PUCEIRO, Zuleta — *Paradigma dogmático y ciencia del derecho* (1981), Madrid, Editoriales de derecho reunidas;

RABELLO, Alfredo Mordechai — *Non Liquet: From Modern Law to Roman Law* (1972; 2004), in *Annual Survey of International & Comparative Law* 10, n. 1 (2004);

RAMOS, Luiz Felipe Rosa; CORREIA, José Gladston Viana, PROL, Flávio — *Luhmann nos trópicos: debate sobre a apropriação da teoria dos sistemas no Brasil* (2010), in *Actas del XI Congreso Nacional & I Latinoamericano de Sociología Jurídica - SASJu - MMX - 1ª ed.*, 2010.

RAMOS, Luiz Felipe Rosa — *Um exame improvável: A regulamentação da medicina sob a lente da teoria dos sistemas*, in *Revista de Direito Sanitário* 14, n. 2 (2013);

RAMOS, Luiz Felipe Rosa; SILVA FILHO, Osny da — *Orlando Gomes* (2015), São Paulo, Elsevier;

ROSA, João Guimarães — *A terceira margem do rio*, in *Primeiras estórias* (1962, 4ª ed. 1968), Rio de Janeiro, José Olympio;

SARMENTO, Daniel — *O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades* in NOVELINO, Marcelo (org.) — *Direito Constitucional: teoria da Constituição* (2009), Salvador, JusPodivm;

SAVATIER, René — *Les Creux du Droit Positif au rythme des metamorphoses d'une civilisation* (1965), in PERELMAN, Chaim — *Le problem des lacunes en droit* (1968), Bruxelles, Établissements Émile Bruylant;

SAVIGNY, Karl von — *Metodología jurídica* (2004), Buenos Aires, Valletta Ediciones;

SAVIGNY, Karl von — *System des heutigen römischen Rechts* (1849), tradução de Jacinto Mesía e Manuel Poley, *Sistema del derecho romano actual* (1878), t. 1, Madrid, F. Góngora y Compañía Editores;

SCHWARZ, Roberto — *Nacional por subtração*, in *Que horas são?* (1987), São Paulo, Companhia das Letras;

SCHWARZ, Roberto — *As idéias fora do lugar*, in *Ao Vencedor as batatas* (1992), São Paulo, Duas Cidades;

SHUARTZ, Luis Fernando — *Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem*, in MACEDO JR., Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada (orgs.) — *Direito e interpretação: racionalidades e instituições* (2011), São Paulo, Saraiva;

SILVA, Virgílio Afonso da — *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia* (2009, 2ª ed. 2010), São Paulo, Malheiros;

SILVEIRA, Alípio — *O fator político-social na Interpretação das Leis* (1946), São Paulo, Tipografia Paulista;

SILVEIRA, Alípio — *Hermenêutica no Direito Brasileiro* (1968), São Paulo, Revista dos Tribunais;

SOUZA, Jessé — *Uma interpretação alternativa do dilema brasileiro*, in *A modernização seletiva* (2000), Brasília, UnB;

STONE, Julius — *Non Liqueet and the function of law in the International Community* (1960), in *The British Year Book of International Law 1959* (1960), Oxford, University Press;

STRENGER, Irineu — *Da Dogmática Jurídica: Contribuição do Conselheiro Ribas à Dogmática do Direito Civil Brasileiro* (1964), São Paulo, Imprensa Oficial do Estado;

SUNDFELD, Carlos Ari Vieira — *Princípio é preguiça?*, in MACEDO JR., Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada (orgs.) — *Direito e interpretação: racionalidades e instituições* (2011), São Paulo, Saraiva;

TAHAN, Malba — *O homem que calculava* (1965, 62ª ed. 2003), Rio de Janeiro, Editora Afiliada;

TALAMANCA, Mario (org.) — V.v.a.a, *Lineamenti Di Storia del Diritto Romano* (2ª ed. 1989), Milano, Giuffré;

TAMMELO, Ilmar — *On the logical openness of Legal Orders. A modal analysis of Law with special reference to the logical status of non liqueet in international law*, in *American Journal of Comparative Law* 8 (1959);

TEUBNER, Gunther — *As Múltiplas Alienações do Direito: Sobre a Mais-Valia Social do Décimo Segundo Camelo* (2001), tradução de Dalmir Lopes Jr., in Niklas Luhmann: *Do sistema social à sociologia jurídica* (2004), Rio de Janeiro, Lumen Juris;

VERDE, Giovanni — *L'onere della prova nel processo civile* (1972), Camerino, Jovene Editore;

VILLAR, Alfonso Murillo — *La motivacion de la sentencia en el proceso civil romano*, in *Cuadernos de Historia del Derecho* 2 (1995);

VILLAS BÔAS FILHO, Orlando — *A historicidade da dogmática jurídica: uma abordagem a partir da Begriffsgeschichte de Reinhart Koselleck*, in COSTA, Samuel Rodrigues Barbosa; RODRIGUEZ, José Rodrigo; SILVA, Carlos Eduardo Batalha da — *Nas fronteiras do formalismo: a função social da dogmática jurídica hoje* (2010), Saraiva, São Paulo;

VILLAS BÔAS FILHO, Orlando — *Teoria dos Sistemas e o Direito Brasileiro* (2009), São Paulo, Saraiva;

WEBER, Max — *Wirtschaft und Gesellschaft: Grundriss der verstehenden Soziologie* (1922), tradução para o espanhol de José Medina Echavarría, Juan Roura Parella, Eugenio Ímaz, Eduardo García Máynes y José Ferrater Mora, *Economia y sociedad: Esbozo de sociología comprensiva* (2ª ed. 1964, 5ª reimpressão 1981), México, Fónido de Cultura Económica;

WELAN, Manfred — *Der Prozess Jesu und Hans Kelsen* (2007), Diskussionspapier, Institut für nachhaltige Wirtschaftsentwicklung;

WOLF, E. *Les Lacunes du droit et leur solution en Droit Suisse* (1965), in PERELMAN, Chaim — *Le problem des lacunes en droit* (1968), Bruxelles, Établissements Émile Bruylant;

YOUNG, Katharine G. — *A Typology of Economic and Social Rights Adjudication: Exploring the Catalytic Function of Judicial Review*, in *International Journal of Constitutional Law* 8, n. 3 (2010);

V.v.a.a — *Coronary artery bypass graft surgery versus percutaneous coronary intervention with first-generation drug-eluting stents: a meta-analysis of randomized controlled trials* (2014), disponível em <<http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/24746647>> (último acesso em 18/12/2014);

V.v.a.a — *Perioperative beta-blockers for preventing surgery-related mortality and morbidity* (2014), disponível em <<http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/25233038>> (último acesso em 18/12/2014).